

Distr.: General
27 March 2015
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة القانون الدولي

الدورة السابعة والستون

جنيف، ٤ أيار/مايو - ٥ حزيران/يونيه

و ٦ تموز/يوليه - ٧ آب/أغسطس ٢٠١٥

التقرير الثالث عن تحديد القانون الدولي العرفي

مقدم من مايكل وود، المقرر الخاص*

المحتويات

الصفحة

٣		أولا - مقدمة
٧		ثانيا - العلاقة بين الركنتين المنشئتين
١٣		ثالثا - الامتناع باعتباره ممارسة و/أو دليلا على القبول بمثابة قانون
٢٠		رابعا - دور المعاهدات والقرارات
٢٢		ألف - المعاهدات
٤١		باء - القرارات التي تتخذها منظمات دولية والقرارات التي تُعتمد في مؤتمرات دولية
٥٤		خامسا - قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء
٥٦		ألف - قرارات المحاكم



* يود المقرر الخاص أن يشكر السيد أومري سندر لما قدمه من مساعدة لا تقدر بثمن في إعداد هذا التقرير.



الرجاء إعادة استعمال الورق

050515 270415 15-04897 (A)



٥٨		باء - كتابات الفقهاء
٦١		سادسا - دور المنظمات الدولية
٧٢		سابعا - العرف المُعَيَّن
٧٨		ثامنا - المعارض المصير
٨٩		تاسعا - برنامج العمل المقبل
٩١		المرفق
٩١		مشاريع الاستنتاجات الإضافية المقترحة

أولا - مقدمة

١ - في عام ٢٠١٢، أدرجت لجنة القانون الدولي موضوع "نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته" في برنامج عملها الحالي وعقدت مناقشة أولية بالاستناد إلى مذكرة من المقرر الخاص^(١).

٢ - وفي عام ٢٠١٣، عقدت اللجنة مناقشة عامة^(٢) على أساس التقرير الأول للمقرر الخاص^(٣) ومذكرة من الأمانة العامة^(٤). وغيّرت اللجنة عنوان الموضوع ليصبح "تحديد القانون الدولي العرفي"^(٥).

٣ - وتناول تقرير ثان من المقرر الخاص^(٦)، أُعد للدورة السادسة والستين للجنة في عام ٢٠١٤، النهج المتبع في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي، وتضمن دراسة مفصلة لطبيعة ودور الركنين المنشئين للعرف وكيفية تحديد ما إذا كانا موجودين. واقترح ١١ مشروع استنتاج، مقسمة إلى أربعة أجزاء. وأوضح التقرير أنه من المستحسن تناول الممارسة والقبول بمثابة قانون في نفس التقرير، نظرا للعلاقة الوثيقة بينهما^(٧)، مع الإشارة إلى أن مزيدا من مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بهاتين المسألتين وغيرهما من المسائل ستُقدّم في التقرير الثالث.

(١) انظر A/CN.4/653، مذكرة عن نشأة القانون الدولي العرفي وإثباته.

(٢) انظر المحاضر الموجزة A/CN.4/SR.3181 و 3182 و 3183 و 3184 و 3185 و 3186 (١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ تموز/يوليه ٢٠١٣)؛ و A/68/10: تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الخامسة والخمسين (٦ أيار/مايو - ٧ حزيران/يونيه و ٨ تموز/يوليه - ٩ آب/أغسطس ٢٠١٣)، الفقرات ٦٦-١٠٧.

(٣) A/CN.4/663.

(٤) A/CN.4/659: العناصر التي تضمنتها الأعمال السابقة للجنة القانون الدولي ويمكن أن تكون مهمة بوجه خاص بالنسبة لهذا الموضوع (يشار إليها فيما يلي بـ 'مذكرة الأمانة العامة').

(٥) A/CN.4/SR.3186 (٢٥ تموز/يوليه ٢٠١٣)، الصفحتان ٥ و ٦ (من النص الإنكليزي).

(٦) A/CN.4/672.

(٧) المرجع نفسه، الفقرة ١٠.

٤ - وأجرت اللجنة مناقشة بشأن التقرير الثاني في الفترة من ١١ إلى ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٤^(٨)، وهي مناقشة تؤكد فيها التأييد العام من أعضاء اللجنة لنهج "الركنين". واستمر وجود اتفاق واسع النطاق على أن من بين المواد الأساسية للتماس التوجيه بشأن هذا الموضوع قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، وعلى رأسها محكمة العدل الدولية، وأن ذلك ينبغي أن يثمر عن دليل عملي لمساعدة الممارسين في مهمة تحديد القانون الدولي العرفي. ومن النقاط التي أثّرت في المناقشة الحاجة إلى إقامة التوازن المطلوب بين مشاريع الاستنتاجات والشروح، وبين وضوح التوجيهات المقدمة والحاجة إلى الحفاظ على المرونة المتأصلة في العرف بوصفه مصدرا من مصادر القانون الدولي. وسلّط الضوء على عدد من القضايا التي أثّرت في التقرير، مثل أهمية الامتناع ودور المنظمات الدولية في تحديد القانون الدولي العرفي، باعتبارها قضايا تتطلب المزيد من التحليل والمناقشة.

٥ - وعقب المناقشة، أُحيلت مشاريع الاستنتاجات المقترحة في التقرير الثاني، وعددها ١١، إلى لجنة الصياغة التي اعتمدت ثمانية منها بصفة مؤقتة. (لم تتمكن لجنة الصياغة من النظر في مشروع استنتاجين بسبب ضيق الوقت، في حين حذف مشروع استنتاج واحد). وفي ٧ آب/أغسطس ٢٠١٤، عرض رئيس لجنة الصياغة تقريراً مؤقتاً على اللجنة بكامل هيئتها عن عمل لجنة الصياغة بشأن هذا الموضوع في عام ٢٠١٤^(٩). واستنسخت مشاريع الاستنتاجات الثمانية التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في مرفق للتقرير المؤقت. وكما ذكر رئيس لجنة الصياغة، فإن اللجنة تأمل أن تقدم رسمياً مجموعة من مشاريع الاستنتاجات، بما فيها تلك الواردة في التقرير المؤقت (منقحة عند اللزوم في ضوء هذا التقرير ومزيد من المناقشة داخل اللجنة بكامل هيئتها وداخل لجنة الصياغة)، لكي تعتمد لجنة القانون الدولي في دورتها السابعة والستين في عام ٢٠١٥.

٦ - وتنقسم مشاريع الاستنتاجات الثمانية التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٤ إلى ثلاثة أجزاء: (أ) مقدمة؛ (ب) النهج الأساسي؛ (ج) الممارسة العامة. ومن المقترح أن يحمل جزء رابع، يتضمن مشاريع الاستنتاجات الواردة في التقرير الثاني التي لم تناقش بعد، عنوان "القبول بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام)". ويقترح في هذا التقرير

(٨) المحاضر الموجزة A/CN.4/SR.3222 و 3223 و 3224 و 3225 و 3226 و 3227 و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٧ و ١٨ تموز/يوليه ٢٠١٤)؛ و A/69/10: تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها السادسة والستين (٥ أيار/مايو - ٦ حزيران/يونيه و ٧ تموز/يوليه - ٨ آب/أغسطس ٢٠١٤)، الفقرات ١٣٧-١٨٥.

(٩) المحاضر الموجز A/CN.4/SR.3242؛ ويمكن الاطلاع على النص الحرفي لتقرير الرئيس المؤرخ ٧ آب/أغسطس ٢٠١٤ في الموقع التالي: <http://legal.un.org/ilc/sessions/66/DC_ChairmanStatement%28IdentificationofCustom%29.pdf>.

جزءان إضافيان، بعنوان "أشكال خاصة للممارسة والإثبات" و "استثناءات من التطبيق العام لقواعد القانون الدولي العرفي".

٧ - وكان هناك تأييد عام في المناقشة التي أجرتها اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤ لإعداد دليل عملي يتخذ شكل مجموعة من الاستنتاجات المشفوعة بشروح، لمساعدة الممارسين في مهمة تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. وأبدت الوفود تأييدها التام لنهج الركنتين، وأضافت عدة وفود أن الرأي القائل بأن الأخذ بأحد الركنتين المنشئين منفردا يكون، في بعض المجالات، كافيا لإنشاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي ليس له ما يدعمه في الممارسة الدولية وفي الاجتهاد القضائي. واقترحت بعض الوفود دراسة أوجه اختلاف ما يُقام لكل ركن من الركنتين من وزن في مجالات محددة من القانون الدولي. وفي حين أقرت عدة وفود بأن ممارسة الدول هي أساسا ما ينبغي مراعاته عند تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، أكدت بعض الوفود أيضا أهمية ممارسات المنظمات الدولية في نشأة وتحديد القواعد العرفية، ولا سيما في الحالات التي تنقل فيها الدول الأعضاء الاختصاص إلى تلك المنظمات^(١٠).

٨ - وينبغي قراءة هذا التقرير بالاقتران مع التقريرين السابقين لعامي ٢٠١٣ و ٢٠١٤، وعمل لجنة الصياغة في عام ٢٠١٤، والمناقشات التي جرت داخل اللجنة وفي اللجنة السادسة. ويسعى هذا التقرير إلى إكمال مجموعة مشاريع الاستنتاجات التي اقترحها المقرر الخاص. وهو بذلك يتناول مسائل معينة لم ترد في التقرير الثاني، وأخرى اتفق على أن تعود إليها اللجنة في عام ٢٠١٥. ويتناول كل فرع من الفروع التي ينقسم إليها هذا التقرير مجالا محددًا: الفرع الثاني يتناول بمزيد من التفصيل العلاقة بين الركنتين المنشئين؛ والفرع الثالث يتضمن تفاصيل أكثر عن الامتناع بوصفه ممارسة و/أو دليلا على القبول بمثابة قانون؛ أما الفرع الرابع فيدرس دور المعاهدات والقرارات الصادرة عن المنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية؛ والفرع الخامس يتناول قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء؛ والفرع السادس يعود إلى مسألة ممارسات المنظمات الدولية؛ والفرعان السابع والثامن يدرسان مسألتين محددتين، هما العرف الخاص والمعتزض المصّر؛ أما الفرع التاسع فيقترح برنامج العمل المقبل بشأن هذا الموضوع. ومن باب التيسير، يرد في المرفق بيان لمشاريع الاستنتاجات المقترحة في هذا التقرير، التي ينبغي قراءتها بالاقتران مع تلك المقترحة في وقت سابق من المقرر الخاص ولجنة الصياغة.

(١٠) A/CN.4/678: موجز مواضيعي أعدته الأمانة العامة للمناقشة التي جرت في اللجنة السادسة للجمعية العامة خلال دورتها التاسعة والستين، الفقرات ٥٢-٥٩.

٩ - وفي دورة عام ٢٠١٤:

”[طلبت] اللجنة إلى الدول من جديد أن تقدم إليها، في موعد أقصاه ٣١ كانون الثاني/يناير ٢٠١٥، معلومات عن ممارستها فيما يتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي وأنواع الأدلة التي تثبت هذا القانون في حالة بعينها، كما هو مبين في: (أ) البيانات الرسمية أمام الهيئات التشريعية، والمحاكم، والمنظمات الدولية؛

(ب) قرارات المحاكم الوطنية والإقليمية ودون الإقليمية.“^(١١)

وبالإضافة إلى ذلك، أوضحت اللجنة بأنها ”تود [...] تلقي معلومات عن الملخصات والدراسات الاستقصائية المتعلقة بممارسة الدولة في مجال القانون الدولي“^(١٢).

١٠ - وحتى تاريخ تقديم هذا التقرير، تلقت اللجنة، بالإضافة إلى المساهمات التي وردت في عام ٢٠١٤^(١٣)، ست مساهمات إضافية^(١٤). وترحب اللجنة بمزيد من المساهمات في أي وقت.

١١ - ونظمت مختلف المؤسسات مجددا اجتماعات بشأن جوانب محددة من هذا الموضوع، وهي اجتماعات كانت مشجعة ومحفزة في آن واحد. وتناقش المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية حاليا موضوع تحديد القانون الدولي العرفي، ومن المفهوم أن فريق خبرائها غير الرسمي قد نظر في تقرير مقررها الخاص واعتمد مجموعة من التعليقات لتتظر فيها المنظمة الاستشارية في دورتها المقرر عقدها في نيسان/أبريل ٢٠١٥^(١٥). وبالإضافة إلى ذلك، صدر منذ إعداد التقرير الثاني المزيد من قرارات المحاكم والهيئات القضائية، فضلا عن كتابات الفقهاء، وهي أمور يأخذها هذا التقرير في الاعتبار.

(١١) A/69/10، الحاشية ٨ أعلاه، الفقرة ٢٩.

(١٢) المرجع نفسه، الفقرة ٣٠.

(١٣) الاتحاد الروسي؛ وجمهورية ألمانيا الاتحادية؛ وأيرلندا؛ ومملكة بلجيكا؛ وجمهورية بوتسوانا؛ والجمهورية التشيكية؛ والسلفادور؛ وكوبا؛ والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية؛ والولايات المتحدة الأمريكية.

(١٤) جمهورية ألمانيا الاتحادية؛ والجمهورية التشيكية؛ وجمهورية كوريا؛ وفنلندا؛ والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية؛ والنمسا.

(١٥) من المقرر عقد الدورة السنوية الرابعة والخمسين للمنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية - الأفريقية في بيجين، جمهورية الصين الشعبية، في الفترة من ١٣ إلى ١٧ نيسان/أبريل ٢٠١٥، في وقت ما بعد تاريخ تقديم هذا التقرير.

ثانيا - العلاقة بين الركنين المنشئين

١٢ - أثبتت ضرورة مواصلة النظر في العلاقة بين الركنين المنشئين للقانون الدولي العرفي داخل لجنة القانون الدولي واللجنة السادسة في عام ٢٠١٤^(١٦). ومن المسائل التي سلط عليها الضوء في هذا الصدد الجانب الزمني للركنين، وتطبيق نهج الركنين في مختلف مجالات القانون الدولي.

١٣ - وينشأ القانون الدولي العرفي - وهو الممارسة العامة المقبولة بمثابة قانون - ويتجلى في حالات سلوك مقرونة بالاعتقاد بالإلزام. وكما ذكرت محكمة العدل الدولية مرارا وتكرارا، "لا يتعين فقط أن ترقى الأعمال المعنية إلى مستوى الممارسة المستقرة، ولكن يجب أيضا أن تكون تلك الأعمال أو أن تجري على نحو يدل على وجود اعتقاد بأن هذه الممارسة إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها"^(١٧). ووُصف الركنان المنشئان للقانون الدولي العرفي على أنهما ليسا "كيانين متلازمين، بل هما بالأحرى مجرد مظهرين لنفس الظاهرة، أي لتصرف معين ينفذ بطريقة ذاتية أو ينظر إليه بطريقة معينة"^(١٨).

(١٦) A/69/10، الحاشية ٨ أعلاه، الفقرة ١٥٣؛ و A/CN.4/678، الحاشية ١٠ أعلاه، الفقرة ٥٣.

(١٧) [قضية الجرف القاري لبحر الشمال]، North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969، p. 3, at p. 44, para. 77. انظر أيضا: [قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)]، Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986، p. 14, at p. 109 و [قضية حصانات الدول من الولاية القضائية] (ألمانيا ضد إيطاليا: اليونان طرف متدخل)، Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012، p. 99, at p. 122, para. 55.

(١٨) B. Stern, "Custom at the Heart of International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, 11 (2001), pp. 89, 92. انظر أيضا: G.M. Danilenko, Law-Making in the International Community (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), at pp. 81-82. ("رغم أن الاعتقاد بالإلزام يعتبر ركنا مستقلا للعرف، فإنه لا يمكن إدراكه من الناحية العملية إلا من خلال المظاهر العلنية لسلوك الدول. وفي إطار عملية وضع القانون العرفي، تصبح قواعد السلوك الناشئة عن تطور ممارسة الدول مقبولة بمثابة قانون من خلال أعمال تشكل أيضا جزءا من الممارسة بمعناها الواسع. وعلاوة على ذلك، فإن نفس الأعمال والتصرفات التي تشكل الممارسة ذات الصلة يمكن أن تعبر في آن واحد عن موقف الدول إزاء مضمون قاعدة السلوك الناشئة والاعتراف بهذه القاعدة على أنها ملزمة قانونا. ومن ثم فإن ركن الاعتقاد بالإلزام لا يمكن فصله تماما عن الممارسة")؛ و H. Thirlway, The Sources of International Law (Oxford University Press, 2014), at p. 62. ("توفر الممارسة والاعتقاد بالإلزام معاً المعلومات الضرورية للتحقق مما إذا كانت قاعدة عرفية موجودة، ولكن دور كل منهما - الممارسة والاعتقاد - لا ينفرد بتركيز الاهتمام عليه؛ فكل منهما يكمل الآخر")؛ و W.T. Worster, "The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law", Boston University International Law Journal, 31 (2013), pp. 1, 8-9.

١٤ - وإن كان من المؤكد أن ركني القانون الدولي العرفي "لا يمكن فصلهما حقاً؛ ولا وجود لأحدهما دون الآخر"^(١٩)، فلا بد، للتأكد من نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، من النظر في كل ركن على حدة والتحقق من وجوده^(٢٠). وعادة ما يتطلب ذلك تقييمًا لمختلف الأدلة على وجود كل ركن من الركنين لأنه، على النحو المبين في التقرير الثاني، عادة ما لا يمكن للممارسة التي يُزعم أن القانون الدولي العرفي ينص عليها أن تشهد في حد ذاتها على قبولها بمثابة قانون:^(٢١) "فمجرد القيام بهذه الأمور لا يعني أنه يتعين القيام بها"^(٢٢).

"الركنان الموضوعي والذاتي غير منفصلين ... فنحن لا نحقق في مدى كفاية الممارسة، وعندئذ فقط تنتقل إلى التحقق مما إذا كان لدى الدول اعتقاد بالإنزام. بل إننا نقيّم، أو ينبغي لنا أن نقيّم، مدى كفاية الممارسة عندما تكون مقترنة بالاعتقاد بالإنزام، وهو ما يعني أننا نبحث أيضاً عن حد أدنى من الممارسة المقترنة بالاعتقاد بالإنزام".

R. Müllerson, "On the Nature and Scope of Customary International Law", *Austrian Review of International Law* (١٩) & *European Law*, 2 (1997), pp. 341, 344-345, 346-347 (مضيفاً أن "[الركنين]، شأنهما في ذلك شأن وجهي العملة الواحدة، يمكن فصلهما لأغراض تحليلية، لكن [] لا يمكن لأي منهما أن يوجد بمعزل عن الآخر ... أما مسألة وجود قواعد عرفية دون أي من هذين الركنين - الممارسة والاعتقاد بالإنزام - فهي مسألة مصطنعة (من نسج الخيال). فهناك دوماً بعض الممارسة 'الفعلية'، وإلا فلا يمكن للمرء ببساطة أن يتكلم عن أنماط سلوك قد تكون (أو لا تكون) ملزمة قانوناً").

(٢٠) على حد تعبير السيد حمود، "في حين أن هناك ما يدعم الحجج القائلة بترباط الركنين وباحتمال التداخل بين نشأة وإثبات الركنين في العديد من الحالات، تبقى الحقيقة الثابتة أن هاتين مسألتين منفصلتين في تحديد العرف" (المحضر الموجز A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)). انظر أيضاً: A. Pellet, "Article 38", in A. Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), pp. 731, 813 ("تقسيم مفهوم العرف إلى ركنين منفصلين - ركن 'مادي' أو 'موضوعي'، ممثّل في الممارسة، وركن 'معنوي' أو 'فكري' أو 'ذاتي'، عادة ما يعرف بالاعتقاد بالإنزام ... يشكل أداة مفيدة للغاية في 'اكتشاف' القواعد العرفية")؛ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford University Press, 2013), at p. 23 عرف ما ... هو الاستنتاج الذي يخلص إليه أحدهم (مستشار قانوني أو محكمة أو حكومة أو أحد الشُّراح) في الإجابة على سؤالين مترابطين: (أ) هل هناك ممارسة عامة؛ (ب) وهل هي مقبولة بمثابة قانون دولي؟".

(٢١) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرات ٧٢-٧٤.

(٢٢) M.N. Shaw, *International Law*, 7th edition (Cambridge University Press, 2014), at p. 53. انظر أيضاً: *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 44, para. 76 ("التصرف، أو الموافقة على التصرف بشكل معين، لا يبرهن في حد ذاته على أي شيء ذي طبيعة قانونية"، والفقرة ٧٧) ("إن حالات التصرف هذه ... وإن كان عددها أكبر بكثير مما هي عليه حقيقة، لا تكفي في حد ذاتها، حتى في مجملها، لأن تشكل الاعتقاد بالإنزام ... فتواتر الأعمال، أو حتى طابعها كعادة، ليس كافياً في حد ذاته")؛ و [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية

١٥ - وعند السعي إلى تحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، فإن الدليل على وجود ممارسة ذات صلة لا ينبغي عموماً أن يُتخذ دليلاً على الاعتقاد بالإلزام كذلك: فهذا "الحساب المزدوج" (الإشارات المتكررة^(٢٣)) أمر يجب تفاديه^(٢٤). وعلى حد تعبير ثيرلوي (Thirlway)، "قد يكون هناك تداخل بين 'مظاهر الممارسة' و 'أشكال الأدلة على القبول' بهذه الممارسة بمثابة قانون؛ وهذا لا يعني عموماً أن أعمالاً معينة قد تشكل هذا وذاك، لأن ذلك قد يصبح بمثابة عودة إلى نظرية الركن الواحد"^(٢٥).

أو استخدامها، *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports*, 1996, p. 226, at pp. 253-254, paras. 65-68 (الكونغو الديمقراطية)، *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 582, at p. 615, para. 90 ("إن المعطى ... الذي مفاده أن اتفاقات دولية شتى ... قد أنشأت نظاماً قانونية خاصة تنظم حماية الاستثمار، أو أن الأحكام المتعلقة بالموضوع عادة ما تُدرج مباشرة في العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب، ليس بكاف لإثبات تغيير يكون قد طرأ على القواعد العرفية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية؛ بل إن هذا المعطى قد يثبت العكس تماماً")؛ و [قضية الباخرة "لوتس" (فرنسا ضد تركيا)]، *The Case of the S.S. "Lotus"*, Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in (France/Turkey), PCIJ, Series A, No. 10, p. 28 the Courts of Cambodia, Criminal, Case No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 53 ("إن وجود كم هائل من ممارسة الدول لا ينم عادة عن قرينة وجود اعتقاد بالإلزام").

(٢٣) A/CN.4/SR.3223 (١٥ تموز/يوليه ٢٠١٤) (السيد موراسي).

(٢٤) انظر أيضاً: A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٧٤، حيث اقترح أنه "قد يسهم أيضاً تطبيق هذه القاعدة على الممارسة 'غير الفعلية' في ضمان ألا تنشأ قوانين من بيانات مجردة بحد ذاتها".

(٢٥) H. Thirlway, "Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues", Leiden Journal of International Law, 28 (2015) (forthcoming) (مضيفاً أن "نظرية الركنين تعني بالضرورة أنه لا بد من وجود شيء يمكن وصفه بممارسة الدول، ووجود شيء يدل على أن الدول تعتبر أن قاعدة من قواعد القانون العرفي موجودة، أو يمكن أن يستنتج منه ذلك"). انظر أيضاً: M. H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", 272 Recueil des cours (1998), pp. 155, 206-207 ("غير أن ما يجب تجنبه هو اعتبار العمل نفسه واقعة تشمل العنصر الذاتي والعنصر الموضوعي كليهما. فإذا التزم المرء بالرأي 'السائد' القائل بضرورة وجود الركنين، ولا سيما ضرورة أن يقترن الركن الذاتي بممارسة 'حقيقية'، فإن ذلك يستبعد بالضرورة معاملة أي بيان بوصفه عملاً ومظهراً من مظاهر الاعتقاد (أو الإرادة)"); و M. Byers, Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law (Cambridge University Press, 1999), at pp. 136-141. وفي الوقت نفسه، "كثيراً ما يأتي الركنان أحدهما مقترناً بالآخر؛ وحتى في الحالات التي تعلن فيها المحكمة [الدولية] صحة التمييز النظري بين الممارسة والاعتقاد بالإلزام، فإنها تخلط بينهما" (Pellet، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ٨٢٧)؛ وانظر، من ناحية أخرى: A. G. Koroma, "The Application of International Law by the International Court of Justice", Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Vol. 4 (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), at p. 101.

١٦ - وكثيراً ما يوصف القانون الدولي العرفي على أنه ممارسة تتبلور في شكل قانون، مع إضافة الاعتقاد بالإلزام (موازاة معها). بيد أن هناك إقراراً متزايداً بأنه في حين يمكن للممارسة الفعلية للدول أن "تشكل العامل الأول الذي ينبغي استحضاره"^(٢٦)، فليس بالضرورة أن جميع قواعد القانون الدولي العرفي "تضرب جذورها في عمق الاستخدام الفعلي"^(٢٧). وبعبارة أخرى، من المحتمل أن ينشأ أولاً قبول بأن شيئاً ما ينبغي أن يكون قانوناً (نشوء الاعتقاد بالإلزام)، ثم يؤدي إلى نشوء ممارسة تجسده بغية الحصول على قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٢٨). وكما أكد على ذلك ممثل جنوب أفريقيا في اللجنة السادسة، فلتحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، "ما يهم هو وجود كلا الركنين، وليس ترتيبهما الزمني"^(٢٩).

(٢٦) Shaw، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحة ٥٤. انظر أيضاً: P. Tomka، "Custom and the International Court of Justice"، *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013), pp. 195, 208 معرض إشارته إلى قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية إنه "وراء التحقق من وجود اعتقاد بالإلزام، هناك طبعاً افتراض بوجود ممارسة كافية".

(٢٧) H.W.A. Thirlway، *International Customary Law and Codification* (A.W. Sijthoff, 1972)، على حد تعبير، at p. 68.

(٢٨) بطبيعة الحال، فإن الاعتقاد بالإلزام، بمفهومه الدقيق، لا يمكن أن يسبق الممارسة المفروضة أن يقتصر بها، بل قد يكون هناك رأي يعتقد بوجود قاعدة ما (أو رأي خاطئ يعتقد بوجودها). وفي حال أثبتت الممارسة بعد ذلك بما يتسق وهذا الرأي، سيكون من السهل إسنادها إليه. وبذلك يمكن تحديد وجود الاعتقاد، في تلك المرحلة، بأثر رجعي؛ ولكن الاعتقاد، عندما أعرب عنه، كان مجرد اعتقاد، ولم يكن اعتقاداً بالإلزام. انظر أيضاً: K. Wolfke، *Custom in Present International Law*, 2nd edition (Martinus Nijhoff Publishers، 1993)، at p. 64-65. P. Dailler، M. Forteau، A. Pellet، *Droit international public*, 8th edition (L.G.D.J.، 1993)، at p. 262 (2009) ("تقليدياً، الممارسة هي أصل الاعتقاد بالإلزام. فتكرار السوابق هو ما يولد، مع مرور الوقت، الشعور بالإلزام. غير أننا نشهد، في حالات معينة، عملية معكوسة يصبح فيها الإعراب عن "حاجة إلى وجود قانون" ... الدافع وراء ممارسة تفضي إلى نشأة قاعدة عرفية. وفي مقابل الأعراف "الرصينة"، هناك أعراف "غير مألوفة")؛ و J. Kammerhofer، *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge، 2010)، at pp. 80-85.

(٢٩) البيان متاح على بوابة نظام الأمم المتحدة للخدمات المؤقتة للورق: <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>. وأشار إلى ذلك أيضاً في المناقشة التي أجرتها اللجنة العام الماضي كل من السيد باريك والسيد موراسي والسيد نولتي (المخضران الموجزان A/CN.4/SR.3223 (١٥ تموز/يوليه ٢٠١٤) و A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)). انظر أيضاً: A. Cassese، *International Law in a Divided World* (Clarendon Press، 1986)، at p. 180 ("بطبيعة الحال، ليس من الضروري وجود [كلا] الركنين منذ البداية").

١٧ - وينطبق نهج الركنين، الذي يحظى بتأييد واسع داخل اللجنة ومن الدول في سياق هذا الموضوع، وفي الممارسة الدولية بصفة أعم والاجتهاد القضائي، وفي الأدبيات^(٣٠)، على نشأة وتحديد جميع قواعد القانون الدولي العرفي. وفي نفس الوقت، وكما أشير إلى ذلك في التقرير الثاني، "قد يوجد... وجه اختلاف في تطبيق نهج الركنين في مجالات مختلفة [من مجالات القانون الدولي] (أو ربما بعبارة أدق، فيما يتعلق بأنواع مختلفة من القواعد)"^(٣١). ويعكس ذلك المرونة المتأصلة في القانون الدولي العرفي، ودوره في إطار النظام القانوني الدولي. وبناء على ذلك، قد تكون في بعض الحالات لشكل معين (أو حالات معينة) من الممارسة، أو لدليل معين على القبول بمثابة قانون، أهمية أكبر مقارنة بحالات أخرى؛ وبالإضافة إلى ذلك، من الضروري عند تقييم الركنين المنشئين مراعاة السياق الذي نشأت فيه القاعدة المزعومة والذي ستطبق فيه^(٣٢). وفي أي حال من الأحوال، يجب عدم تشويه جوهر القانون الدولي العرفي بوصفه ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون^(٣٣).

(٣٠) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرات ٢١-٢٧. وأوضح السيد هوانغ في المناقشة التي أجرتها اللجنة عام ٢٠١٤ أن "القانون الدولي العرفي يمكن تشبيهه بإنسان، جسده الممارسة العامة وروحه الاعتقاد بالإلزام، وبعبارة أخرى، فكلتا الركنين حيوي" (المخضر الموجز A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)).

(٣١) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٢٨. وعلى حد تعبير السيد شتورما، فإن "الاعتراف بإمكانية اختلاف الوزن الذي يعطى للممارسة والاعتقاد بالإلزام باختلاف مجالات القانون الدولي لا يعني، في رأيي، الاستعاضة عن النظرية الموحدة للعرف الدولي بنظريات قطاعية للأعراف في قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي، وما إلى ذلك" (المخضر الموجز A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤))؛ انظر أيضا: السيد برك والسيد حسونة والسيد حمود (المخضر الموجز A/CN.4/SR.3223 (١٥ تموز/يوليه ٢٠١٤)، و A/CN.4/SR.3225 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)، و A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)).

(٣٢) انظر أيضا: L. Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), at pp. 147, 148 (قال في معرض إشارته إلى مسألة التحقق من القانون الدولي العرفي "إنها العملية المتمثلة في جمع أدلة لإثبات الأثر الاجتماعي للقواعد المعنية. وقد تكون هذه الأدلة متعددة، كما أن وزن كل منها قد يختلف باختلاف الحالات، وقد يستدعي الأمر أحيانا مدة طويلة، وقد تؤدي الأدلة دورها في أحيان أخرى بشكل متزامن. وفي جميع الحالات، ينبغي اعتبار الدليل كافيا إذا مكن من الجزم بأن القاعدة المنشودة تحدث بالفعل أثرا اجتماعيا في المجتمع الدولي. وباختصار، فالهدف المنشود واحد، والطريقة المتبعة واحدة، ولكن سبل الوصول إليها قد تختلف: فقد تكون أطول وأشق تارة، وأسرع تارة أخرى، وقد تكون سريعة جدا في بعض الأحيان")؛ و Thirlway، الحاشية ٢٥ أعلاه ("من الممكن طبعا الاعتراف بأن الاعتقاد بالإلزام والممارسة كلاهما ضروري لإنشاء قاعدة من القواعد العرفية لقانون حقوق الإنسان، لكن مع التسليم بأن كل ركن من الركنين، ولا سيما الممارسة، في هذا المجال الخاص، قد يكون له طابع مختلف عما هو مطلوب عموما لإنشاء العرف")؛ و *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969* at p 230, p 3 (الرأي المخالف للقاضي لاكس) ("هناك مجالات

١٨ - يقترح مشروع الفقرة ٢ التالي من مشروع الاستنتاج ٣ [٤]:

مشروع الاستنتاج ٣ [٤]

تقييم الأدلة على الركنين

...

معينة من نشاط الدول والقانون الدولي لا تستطيع، بحكم طابعها، أن تؤدي إلى نشوء قانون عام إلا بصعوبة كبيرة، لكن هناك مجالات أخرى، منها القديم والجديد، تستطيع فعل ذلك بسهولة أكبر“، والصفحات ١٧٥ و ١٧٦ و ١٧٨ (الرأي المخالف للقاضي تاناكا) (“إن السعي إلى تقرير وجود هذين العاملين في عملية نشأة القانون العرفي من عدمه مسألة دقيقة وصعبة... وكل معطى يتطلب أن يقيم نسبيا وفقا لمختلف المناسبات والملايسات... فتقييم العاملين يجب أن يجري بالقياس النسبي للملايسات وأن يكون، من ثم، تقييما مرنا؛ وهو يقتضي الأخذ بالنهج الغائي... . وبإيجاز، فإن عملية توليد قانون عرفي عملية نسبية من حيث طريقتها وفقا لمختلف مجالات القانون، كما أسلفت الذكر أعلاه. وعامل الوقت، أي مدة العرف، هو عامل نسبي بدوره؛ وينطبق ذلك على عامل العدد، أي ممارسة الدول. فلا يكفي تقييم كل عامل مؤلف لقانون عرفي بحسب المناسبة والملايسات، بل يجب النظر إلى النشأة ككل باعتبارها عملية أساسية ودينامية. ويجب ألا نخص، بما يغلب الشكل على المضمون، الظروف اللازمة للقانون العرفي ونغفل الضرورة الاجتماعية، أي أهمية الأهداف والمقاصد التي يتعين أن يحققها القانون العرفي المعني“؛ و K. Wolfke, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), pp. 1, 15 (“فيما يتعلق بالطرق والوسائل اللازمة لإثبات ما إذا كان العرف قائما، لا يمكن إعداد قائمة كاملة بالمبادئ التوجيهية“).

(٣٣) انظر أيضا: Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ١٤٥ (“قد تتطور أيضا طبيعة الركنين المنشئين للعرف، بشرط ألا يحيد بهما هذا التطور عن جوهر العرف“؛ و H. Waldock, “General Course on Public International Law”, 106 *Recueil des cours* (1962), p. 49 (“إن المشكلة الأساسية في كل قضية... هي تقييم مدى اتساق الممارسة ومدتها وعموميتها ووضع هذه العناصر في الميزان مع عناصر أخرى، مثل الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحفزة على الممارسة. وللقيام بذلك، يستند القاضي أو المستشار القانوني لحكومة ما إلى معرفته الخاصة بالشؤون الدولية ومواقف الدول وسياساتها. ولكن الاختبار النهائي يجب أن يتجسد دوما في السؤال التالي: “هل الممارسة مقبولة بمثابة قانون؟“ وينطبق هذا الأمر بصفة خاصة على المجتمع الدولي، حيث تشارك في نشأة العرف دول ذات سيادة تتخذ القرارات وتسن القوانين داخل هذا المجتمع. وإقرارها بالممارسة بمثابة قانون هو، بطريقة مباشرة جدا، الأساس الجوهري للقانون العرفي“). وقد يكون من المفيد في هذا السياق الإشارة أيضا إلى ما كتبه سيما وباولوس: “يبدو لحد الآن أن المصادر التقليدية للقانون الدولي أظهرت ما يكفي من المرونة للتعامل مع التطورات الجديدة. وحتى إن لم تُشبع هذه المصادر التعطش الفكري لتحقيق الوحدة في النظام القانوني الدولي، فقد اجتازت اختبار الزمن ولقيت قبولا واسعا النطاق. وطالما لا تلوح في الأفق أي عمليات قانونية بديلة من شأنها أن تحظى بقبول عالمي، فإن العمليات القديمة ستفي بكل بساطة بالغرض. بيد أن الرؤية المتمثلة في وجود قانون دولي يمكن على نحو أفضل من أعمال القيم العالمية هي رؤية تظل متوافقة مع نظام المصادر التقليدية... بقدر ما تجدد هذه القيم تعبيرا كافيا في شكل قانوني“ (B. Simma, A. L. Paulus, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, *American Journal of International Law*, 93 (1999), pp. 302, 316 (الإشارة المرجعية محذوفة)).

٢ - يتعين التحقق من كل ركن على حدة. ويتطلب ذلك عموماً تقييم الأدلة الخاصة بكل ركن من الركنين.

ثالثاً - الامتناع باعتباره ممارسة و/أو دليلاً على القبول بمثابة قانون

١٩ - كما ورد في التقرير الثاني، فإن الامتناع (يشار إليه أيضاً بالممارسة السلبية أو الامتناع عن التصرف أو السكوت أو الإحجام) "يمكن أن يكون [...] محورياً في تطوير قواعد القانون الدولي العرفي والتأكد منها"^(٣٤). وفي ضوء المناقشات التي جرت في عام ٢٠١٤، تعهد المقرر الخاص بتضمين هذا التقرير مزيداً من التفاصيل في هذا الشأن^(٣٥).

٢٠ - والامتناع شكل من أشكال الممارسة قد يؤدي (عندما يكون عاماً ومقترناً بالقبول بمثابة قانون) إلى نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٣٦). ومن الأمثلة الشائعة على

(٣٤) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٤٢. انظر أيضاً مشروع الاستنتاج ٦ [٧]، الفقرة ١، بالصيغة التي اعتمدها لجنة الصياغة في عام ٢٠١٤ (الحاشية ٩ أعلاه).

(٣٥) A/69/10، الحاشية ٨ أعلاه، الفقرة ١٨٠.

(٣٦) انظر أيضاً: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)* of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188 ("غير أن المحكمة يجب أن تكون مقتنعة بأن ثمة اعتقاداً بالإلزام في القانون الدولي العرفي فيما يتعلق بالطابع الملزم لهذا الامتناع")؛ G.I. Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *California Law Review*, 49 (1961), pp. 419, 421 ("لا شك في أن العرف المتمثل في الامتناع في ظروف معينة قد يؤدي إلى وضع قاعدة من قواعد السلوك يمكنها أن تصبح قاعدة قانونية. وبطبيعة الحال، فكل ما قيل من قبل عن عناصر التكرار والزمن والاستمرارية ينطبق أيضاً على الممارسة المتمثلة في الامتناع")؛ و M. Akehurst, "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), pp. 1, 10 ("ممارسة الدول ... يمكن أن تشمل أيضاً حالات الامتناع والسكوت من جانب الدول")؛ و G.M. Danilenko, "The Theory of International Customary Law", *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), pp. 9, 28 ("قد تشكل الحالات المعهودة أو المعتادة المتمثلة في الامتناع عن تصرفات معينة ممارسة تؤدي إلى قاعدة تفرض وجوب الامتناع عن هذه التصرفات في حالات مماثلة، أي ممارسة تشكل قاعدة من قواعد التحريم في القانون الدولي")؛ و J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I (Cambridge University Press, 2005), at pp. xlv-xlvi ("إذا كانت الممارسة تتمثل إلى حد بعيد في الامتناع مقترناً بالسكوت، فستكون هناك حاجة إلى ما يدل على أن الامتناع يستند إلى توقع مشروع لذلك من جانب المجتمع الدولي")؛ و M. Mendelson, "State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims", in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally* (Pedone, 1991), at pp. 373-382 و Koroma، الحاشية 25 أعلاه، الصفحة ٩٣؛ و *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, §102, comment b ("يمكن للامتناع أن يشكل ممارسة من ممارسات الدول").

ذلك الامتناع عن توفير الحماية لأشخاص مجنسين معينين^(٣٧)؛ والامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة^(٣٨)؛ والامتناع عن رفع دعاوى جنائية في ظروف معينة^(٣٩). وقد يكون من الصعب أحيانا تحديد الامتناع ووصفه، أكثر من أي شكل آخر من أشكال الممارسة؛ وفي جميع الأحوال، وكما هو الحال مع أشكال الممارسة الأخرى، فإن "بمجرد إثبات ... حالات امتناع يزعم أنها تشكل ممارسة من ممارسات الدول لا يلغي ضرورة تفسير ... حالات الامتناع تلك" في محاولة للتحقق مما إذا كانت بالفعل مقبولة بمقتضى قانون^(٤٠). وفي الحالات التي لا يمكن فيها إثبات هذا القبول بوضوح، يمكن الإشارة إلى الامتناع على أنه "إحجام غامض"^(٤١).

(٣٧) [قضية نوتبوم (المرحلة الثانية)]، I. C. J. Judgment of April 6th, 1955: *Nottebohm Case (second phase)*, Reports 1955, p. 4, at p. 22.

(٣٨) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188.

(٣٩) *The Case of the S.S. "Lotus" (France/Turkey)*, PCIJ, Series A, No. 10, p. 28. انظر أيضا *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 253, para. 65 (الحكمة في معرض إشارتها إلى الأسباب المؤيدة لمنع يحاول الاعتماد على "المثابرة على ممارسة عدم استغلال الأسلحة النووية من جانب الدول")؛ و *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 135, para. 77 (هناك أهمية أيضا للغياب شبه الكامل للاحتجاج المضاد، وكذلك لغياب أي بيانات من جانب الدول)؛ و [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن النتائج القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غرب أفريقيا) رغم قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 134 (الرأي المستقل للقاضي بيترين، في إشارته إلى ممارسة عدم الاعتراف حين يقول إن المصطلح "لا يعني ضمنا عدم وجود إجراء إيجابي وإنما الامتناع عن القيام بأعمال تعني الاعتراف")؛ و [القضية المتعلقة بحقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب]، *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 176, at p. 221 (الرأي المخالف للقضاة هاكويرث وبدوي وليفي كارنيرو والسير بينغال راو)؛ و [قضية شركة برشلونة المحدودة لمعدات البحر وللإنارة والطاقة]، *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at pp. 198, 199 (الرأي المستقل للقاضي جيساب، في معرض إشارته إلى امتناع وزارة خارجية الولايات المتحدة عن تمثيل شركة أمريكية، وعدم لجوء الولايات المتحدة إلى حجج معينة كأساس لمقاومة مطالبة في نزاع بين الدول).

(٤٠) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 423 (الرأي المخالف للقاضي شهاب الدين). وأشارت أيرلندا في المناقشة التي أجرتها اللجنة السادسة عام ٢٠١٤ إلى أن "السياق يكتسي أهمية خاصة في تقييم الامتناع بوصفه شكلا من أشكال الممارسة،

٢١ - وقد يكون الامتناع أيضا دليلا على القبول بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام) عندما يعكس اتفاقا في ممارسة معينة. وهو، لأغراض تحديد قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، امتناع من نوع آخر^(٤٢): فنحن هنا معنيون أساسا بسماع دولة ما بممارسة لدولة أو دول أخرى، في ظروف تشهد على أن الدولة التي اختارت عدم التصرف تعتبر أن هذه الممارسة تتماشى مع القانون الدولي^(٤٣). وهذا الإقرار، على حد تعبير دائرة محكمة العدل الدولية في

ومن المرجح أن يؤدي هنا دورا أكبر من دوره في تقييم أشكال الممارسة الأخرى“ (البيان متاح إلكترونيا على بوابة نظام الأمم المتحدة للخدمات الموفرة للورق: <<http://www.un.org/en/ga/sixth>>).

(٤١) Thirlway، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ٦١.

(٤٢) يعبر السيد حمود عن ذلك بقوله: ”في حين أن من المسلم به أن الامتناع يمكن اعتباره عملا سلبيا، فلا بد من التمييز بين الامتناع بوصفه سلوكا، وهو جزء من الركن الموضوعي (الممارسة)، والامتناع بوصفه يمثل إقرارا، وهو بذلك يندرج ضمن الركن الذاتي، أي الركن الذاتي“ (المخضر الموجز A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)). انظر أيضا مداخلة السيد فورتو في المناقشة التي أجرتها اللجنة في عام ٢٠١٤ (المخضر الموجز A/CN.4/SR.3225 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤))؛ و Danilenko، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحتان ٢٨ و ٢٩ (”تحت عنوان الممارسة السلبية“، يمكن فهم [نوعين مختلفين] من الممارسة“).

(٤٣) أدرج مانلي أ. هادسون (Manley O. Hudson)، بصفته مقررا خاصا معنيا بالمادة ٢٤ من النظام الأساسي للجنة القانون الدولي، ”الإقرار العام للممارسة من الدول الأخرى“ باعتباره ركنا من الأركان اللازمة لنشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي (Article 24 of the Statute of the International Law Commission – Working Paper by Manley O. Hudson, A/CN.4/16 and Add.1, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (1950), p. 26)؛ وأشار في كتابات أخرى إلى الأركان الضرورية للقانون الدولي العرفي على أنها ”التصرفات التي تقوم بها دول عديدة بصورة متسقة ومتكررة في مجال العلاقات الدولية، والوعي في كل حالة أن بالقانون يأمر بتلك التصرفات، وعدم قيام دول أخرى بالطعن في ذلك المفهوم في ذلك الوقت“ (M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942* (Macmillan, 1943), at p. 609). وانظر، على سبيل المثال، المحكمة الخاصة للبنان، القضية رقم CH/AC/2010/02، قرار بشأن استئناف قرار قاضي الإجراءات التمهيدية في مسألتي الاختصاص وصفة الادعاء (غرفة الاستئناف)، الفقرة ٤٧ (”تدل مجموعة من القرارات المتعاقبة في هذا المجال [أي في إطار ممارسة المحاكم والهيئات القضائية سلطاتها الطبيعية]، والمقتربة بموافقة جميع أشخاص القانون الدولي المعنيين موافقة ضمنية عليها أو [إقرارها] لها، دلالة واضحة على وجود الممارسة و [الاعتقاد بالإلزام] اللازمين لتأكيد نشوء قاعدة عرفية في القانون الدولي“؛ و Priebke, *Erich s/solicitud de extradición* (Argentinian) (Supreme Court), causa No 16.063/94, 2 November 1995, para. 90. وانظر أيضا: K. Skubiszewski, “Elements of Custom and the Hague Court”, *ZaöRV*, 31 (1971), pp. 810, 838 (”تأكيد حق من جانب دولة أو دول، وسماع دول أخرى أو تسليمها بأن الدولة المعنية مخولة بذلك الحق، والخضوع للالتزام، هي ظواهر تشكل دليلا على اعتقاد الدول بأنها انتقلت من نطاق الوقائع إلى فضاء القانون“؛ و Shaw، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحة ٦٤ (”في الحالات التي يبدو فيها أن الدول قبلت ضمنا سلوك دول أخرى دون أن تحتج عليها، يجب افتراض أن هذا السلوك مقبول باعتباره سلوكا مشروعا“؛ و M. Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٣٩ (”إذا لقيت التصرفات الصادرة عن بعض الدول (أو ادعاءاتها بأن لها الحق في التصرف) إقرارا من الدول الأخرى، فإن قاعدة إباحة من قواعد القانون الدولي قد رأت النور؛ أما إذا اعترضها احتجاج، فإن مشروعية التصرفات موضوع النزاع هي، على أقل تقدير، موضع شك“؛

قضية خليج مين (Gulf of Maine)، ”يعادل الإقرار الصامت الذي يتجلى في مسلك انفرادي يُفسره الطرف الآخر على أنه موافقة“^(٤٤).

٢٢ - ولأنه يمكن أن تكون هناك أسباب مختلفة لرفض التصرف أو الامتناع عنه، بما يشمل الافتقار إلى القدرة على القيام بذلك أو عدم وجود اهتمام مباشر^(٤٥)، فلا يمكن اعتبار كل

و H. Meijers, “How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978), pp. 3, 4-5 (”الدول المتصرفة تخرج معها الدول الممتنعة ... فعدم الاحتجاج - أي عدم وجود اعتراض علني على وضع القاعدة الجديدة - يكفي لاستحداث قاعدة من قواعد القانون العرفي (والالتزام بالتقيد بها)“). ولاحظ ماكغيبون أن الإقرار ”... يفصح عن قدر مستحب من المرونة النسبية في عملية نشأة قواعد القانون الدولي العرفي“ (I.C. MacGibbon, “Customary International Law and Acquiescence”, *British Yearbook of International Law*, 33 (1957), pp. 115, 145 (غير أنه يعبر عن رأي خاص بشأن العلاقة بين الاعتقاد بالإنذار والإقرار)).

(٤٤) [قضية تعيين الحدود البحرية في منطقة خليج مين]، *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 305, para. 130. فمفهوم الامتناع، في هذا السياق، بمعنى الاتفاق في الرأي شبيه بفكرتي الإقرار والإغلاق الحكمي في القانون الدولي، اللتين تطبقان عادة في سياق ثنائي؛ وفي حين قد لا يكون التشبيه دقيقاً، فإنه قد يكون مع ذلك مفيداً. انظر أيضاً: I.C. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence in International Law”, *British Yearbook of International Law*, 31 (1954), pp. 143, 145 (”يمكن مضاهاة وظيفة الإقرار بوظيفة الرضا، التي وصفها الأستاذ سميث على أنها العملية التشريعية للقانون الدولي“؛ فهي تشكل إجراء يمكن من إضفاء طابع المشروعية على قواعد كانت في السابق في طور النشوء وعلى حقوق كانت في السابق في طور الترسخ ... وتكمن قيمتها أساساً في كونها تمثل شكلاً من أشكال إقرار المشروعية والصفح عن عدم المشروعية وتتيح معياراً موضوعياً وعملياً في آن واحد“)؛ و N.S. Marques Antunes, “Acquiescence”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 2 (”في القانون الدولي، يشير مصطلح ‘acquiescence’ (‘الإقرار’) - وأصله الكلمة اللاتينية ‘quiescere’ (أي ظل ساكناً) - إلى الرضا. ويتعلق الأمر بإعراق الدولة ضمناً عن رضاها، من جانب واحد، من خلال السكوت أو الامتناع، في ظروف قد تستدعي رداً تعرب فيه عن عدم موافقتها أو اعتراضها على سلوك دولة أخرى. ومن ثم فإن الإقرار رضا يُستشف من سكوت أو امتناع ذي دلالة قانونية“).

(٤٥) ذهب السيد كيتشيساري في نفس الاتجاه حين قال إن ”ثمة العديد من التفسيرات المعقولة لعدم الاحتجاج على الخروقات التي تحصل بين الدول غير الاعتقاد بمشروعية التصرف“، وأكدت السيدة جاكوبسون أنه ”في حين يمكن للامتناع أن يكون دليلاً على القبول بمثابة قانون، فإن العكس قد يكون صحيحاً أيضاً، أي أن الامتناع لا يمكن تفسيره على أنه قبول“ (المحضران الموجزان A/CN.4/SR.3226 و A/CN.4/SR.3226 ١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)، على التوالي). انظر أيضاً: Crawford، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ٢٥ (”قد يشير السكوت إلى موافقة ضمنية أو إلى مجرد عدم اهتمام بالمسألة“)؛ و Shaw، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحة ٥٧ (”حالات الامتناع عن التصرف في حد ذاتها دليل على مواقف الدول، شأنها في ذلك شأن التصرفات. فكلاهما يعكس الطريقة التي تتعامل بها الدولة مع بيتنها ... ويمكن للامتناع عن التصرف أن ينشأ إما عن التزام قانوني بعدم التصرف، وإما عن عدم القدرة على التصرف في ظروف معينة أو عدم الاستعداد لذلك“). انظر على سبيل المقارنة: *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 42, para. 73 (”كون عدم التصديق قد يعود

حالة من حالات الامتناع على أنها اتفاق في الرأي، بل إن "السكوت المشروط" وحده^(٤٦)، وحده^(٤٦)، على النحو المفصل في الفقرات التالية، هو ما يمكن أن يفسر على أنه اتفاق في الممارسة ذات الصلة^(٤٧). وينبغي أن يفسر الامتناع عموماً "بشكل نسبي، مع مراعاة الوقائع المحددة (بالتسلسل) والعلاقة بين الدول المعنية"^(٤٨).

٢٣ - أولاً، يمكن للامتناع أن تكون له أهمية في إثبات الاتفاق في الرأي عندما يستدعي الأمر رد فعل على الممارسة ذات الصلة: فكما ذكرت محكمة العدل الدولية في قضية ماليزيا ضد سنغافورة (Malaysia/Singapore)، "غياب رد الفعل قد يكون بمثابة إقرار ... أي أن السكوت قد يكون تعبيراً في حد ذاته، لكن فقط إذا كان سلوك الدولة الأخرى يستدعي الرد"^(٤٩). وهذا يعني أن الممارسة ذات الصلة ينبغي أن تفسر مصالح أو حقوق الدولة الممتنعة

أحياناً إلى عوامل غير عدم الموافقة فعلاً على الاتفاقية المعنية لا يشكل إلا بالكاد أساساً يمكن الاستناد إليه لاستنتاج وجود قبول فعلي لمبادئها: فالأسباب مفترضة، أما الوقائع فهي ثابتة^(٥٠).

(٤٦) M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), at p. 39.

(٤٧) انظر أيضاً: MacGibbon، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ١٨٣ ("للحيلولة دون تطبيق مبدأ [الإقرار] في ظروف لا تقتضيه، وكفالة قبوله عند الاقتضاء، فإنه يأتي مشفوعاً ببعض الضمانات الضرورية").

(٤٨) Marques Antunes، الحاشية ٤٤ أعلاه، الفقرة ١٩. انظر أيضاً: I. Brownlie, "Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom", in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Vol. I (2004), at pp. 313, 315 ("أكدت قلة من الأكاديميين أنه، في حالة مجلس الأمن، يشكل عدم إدانة تصرف معين من إحدى الدول موافقة على ذلك التصرف. غير أن هذا النهج مفرط في البساطة. فكل شيء يتوقف على السياق والمضمون الدقيق لمخاض المناقشات. وعدم استنكار سلوك دولة ما قد يكون لأسباب إجرائية وسياسية لا صلة لها بمسألة المشروعية").

(٤٩) [قضية السيادة على سيدرا برانكا/بولاو باتو بوتيه، وميدل رو كس، وسلاوت ليدج (ماليزيا ضد سنغافورة)]، Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge، (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 12, at pp. 50-51, para. 121. وعلى حد تعبير السيدة إسكوبار هرنانديس: "يجب تقييم الامتناع في ضوء الظروف المحيطة به، مع إيلاء الاعتبار بوجه خاص لما إذا كان من المعقول أن يتوقع صدور تصرف ما عن الدولة" (المحضر الموجز A/CN.4/SR.3226، ١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤). انظر أيضاً: North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 130, para. 31. M. Bos, "The Identification of Custom in International Law", *German Yearbook of International Law*, 25 (1982), pp. 9, 37 ("ينبغي التأكيد على أن السكوت قد لا يعني دوماً الإقرار، لأن الدول لا يمكن أن ينتظر منها أن تعيش تحت وطأة التزام بالاحتجاج الدائم على أي شيء لا يروقها. فلكي تكون هناك آثار قانونية، لا بد أن يكون هناك سبب وجيه يستدعي شكلاً من أشكال التصرف")؛ و MacGibbon، الحاشية ٤٤ أعلاه، الصفحة ١٤٣ ("وهكذا فإن الإقرار يتخذ شكل السكوت أو عدم الاحتجاج في الظروف التي تتطلب عموماً رد فعل إيجابي يفيد الاعتراض"). وتجدر الإشارة إلى أن مشروع الاستنتاج ٩ (٢) من مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات، بالصيغة

عن التصرف أو الرفض له^(٥٠)؛ وفي الوقت نفسه، أشير إلى أنه ”في مجال العلاقات التي تمس المصالح المشتركة للبشرية جمعاء، فإن وجود مصلحة عامة لجميع الدول قد يكون كافيا لافتراض أن غياب الاحتجاجات يعني الإقرار“^(٥١).

٢٤ - ثانيا، يجب أن تكون لدى الدولة المزمع الاستناد إلى امتناعها في تحديد نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي معرفة فعلية بالممارسة المعنية أو أن يُستشف من الظروف أن الدولة المعنية كانت على معرفة بتلك الممارسة^(٥٢).

التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٤، ينص على أنه ”يمكن اعتبار سكوت واحد أو أكثر من الأطراف، حينما تستلزم الظروف اتخاذ ردود فعل معينة، بمثابة قبول للممارسة اللاحقة“ (تقرير اللجنة لعام ٢٠١٤، الفقرتان ٧٥ و ٧٦).

(٥٠) انظر أيضا مداخلة اليونان في المناقشة التي أجرتها اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤ بشأن أعمال لجنة القانون الدولي، وهي متاحة إلكترونيا على بوابة نظام الأمم المتحدة للخدمات الموقرة للورق: <<http://www.un.org/en/ga/sixth>> (”إن الامتناع المقصود من دولة مهتمة بإزاء الممارسة المعنية، وغالبا إزاء عمل أو مقترح أو تصريح لدولة أخرى يستدعي رد فعل، هو الذي قد تكون له دلالة، وليس أي شكل من أشكال الامتناع“؛ و North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 229 (الرأي المخالف للقاضي لاكس) (”... [الدول التي] أقرت [ممارسة ما] في مواجهة تشريعات الدول الأخرى المؤثرة فيها“؛ و G.I. Tunkin (L.N. Shestakov, ed., W.E. Butler, ed., trans.), Theory of International Law (Wildy, Simmonds & Hill, 2003), at p. 139 (”بالتأكيد، لا يمكن اعتبار كل سكوت موافقة. وخصوصا في الحالات التي لا تمس فيها نشأة قاعدة عرفية ما بمصالح دولة ما في ذلك الوقت، فإن سكوت هذه الدولة لا يمكن اعتباره اعترافا ضمينيا بهذه القاعدة. أما في الحالات التي تمس فيها القاعدة الناشئة بمصالح دولة معينة، فإن عدم وجود اعتراضات بعد مرور وقت كاف يمكن اعتباره، كقاعدة عامة، اعترافا ضمينيا بهذه القاعدة“؛ و Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٤٠ (”عدم الاحتجاج على تصريح مجرد حول مضمون القانون العرفي أقل أهمية من عدم الاحتجاج على تصرف ملموس من إحدى الدول في حالة محددة يكون له فيها أثر مباشر على مصالح دولة أخرى“؛ و Danilenko، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ١٠٨ (”في إطار القانون الدولي القائم، لا يعني عدم الاحتجاج بالإقرار إلا إذا كان للممارسة تأثير في مصالح وحقوق إحدى الدول الممتنعة ... وعادة ما ينطوي التأكد من استيفاء ... [هذا] الشرط على تقييم الخصائص المحددة للممارسة، على أن يراعى في ذلك على وجه الخصوص المجال التنظيمي ومضمونه. وكقاعدة عامة، لا تراعى في ذلك المصالح المباشرة فحسب، وإنما أيضا المصالح غير المباشرة“؛ و Skubiszewski، الحاشية ٤٣، الصفحة ٨٤٦ (”إن الموقف المتمثل في السماح بالشيء، أي عدم الاحتجاج المرتبط بعدم الموافقة الصريحة أو الإقرار، يكون كافيا إذا لم تكن مطالبات المشاركين في الممارسة تفرض أي واجبات على غير المشاركين ... أما إذا استتبع الحق المطالب به في الممارسة واجبا ملازما له، فإن موقف غير المشاركين يجب أن يكون ذا طابع أكثر صراحة، لكي يساهم في إنشاء العرف. وبعبارة أخرى، يجب أن يكون إما موافقة صريحة أو إقرارا لا لبس فيه“).

(٥١) Danilenko، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ١٠٨.

(٥٢) انظر أيضا: [قضية مصائد الأسماك]، Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports، Shaw، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحة ٥٨ (”يجب أن يستند الإقرار إلى معرفة تامة بالقاعدة [المزعومة] المعنية. وعندما يكون عدم اتخاذ مسار عمل ما مرتبطا أو متأثرا

٢٥ - ثالثاً، وفيما يتعلق بشرط المعرفة بالممارسة المعنية، من الضروري أن يستمر الامتناع على مدى فترة زمنية كافية^(٥٣).

٢٦ - ويقترح أن يصبح نص مشروع الاستنتاج ١١ (٣) الوارد في التقرير الثاني (والذي لم تنظر فيه لجنة الصياغة بعد) كالآتي:

أو مصحوباً، بطريقة ما، بعدم معرفة جميع الظروف ذات الصلة، فلا يمكن تفسيره عندئذ على أنه إقرار“؛ و J.I. Charney, “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, 87 (1993), pp. 529, 536 (“يمكن إثبات القبول بالإقرار. وغالباً ما لا يرقى إقرار الدول إلى مستوى المعرفة والموافقة الطوعية. ولكي يرقى الإقرار إلى هذه المتلة، يجب أن تكون الدولة على علم بموضوع الموافقة ويجب أن تعرف أن عدم الاعتراض سيكون بمثابة قبول. ومن ثم فإن الإقرار، إذا كان ملزماً، يرقى إلى مستوى الموافقة الفعلية، لكنها موافقة يعرب عنها بالامتناع لا بالتصرف“)؛ و Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٣٩ (“ليس لتصرفات أو مطالبات إحدى الدول التي لا يمكن توقع أن تكون الدول الأخرى على علم بها أي وزن يذكر، ولا يمكن استخلاص أي استنتاج من عدم الاحتجاج على هذه التصرفات أو المطالبات“)؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٣٩ (“بطبيعة الحال، لا يمكن للسلوك السلي أن يرقى إلى مستوى السكوت المشروط إلا إذا كانت الدولة على علم بممارسة الدول الأخرى وبالقاعدة العرفية (الناشئة)“). وفي قضية خليج مين، احتجت كندا بأن “جوهر مبدأ الإقرار هو معرفة حكومة ما (معرفة فعلية أو مفترضة) بسلوك أو تأكيد للحقوق من جانب الحكومة الأخرى المعنية، وعدم احتجاجها على ذلك السلوك أو تأكيد الحقوق... فالمعرفة، مقترنة بالسكوت، تعتبر قبولاً ضمناً“ (I.C.J. Pleadings, Vol. V, 81-82). وأشار أرنجيو - رويز إلى أنه “في الوقت الحاضر، على وجه الخصوص، فإن أي تصرف أو امتناع عن التصرف من قبل إحدى الدول يُعرف في جميع أنحاء العالم على الفور كشعاع ضوء“ (G. Arangio-Ruiz, “Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of ‘Spontaneous’ International Custom”, in N. Angelet (ed.), *Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), at pp. 93, 100).

(٥٣) انظر أيضاً: *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports* 1984, p. 246, at pp. 310-311, para. 151 *Fisheries case*, و “لم تدم فترة كافية ليرتب عليها أثر قانوني“؛ و *Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports* 1951, p. 116, at p. 138 (“التسامح العام للدول الأجنبية إزاء الممارسة النرويجية أمر غير متنازع عليه. وطوال فترة دامت أكثر من ستين عاماً، لم تقدم حكومة المملكة المتحدة ذاتها أي اعتراض بخصوص هذا الموضوع“)؛ و Meijers، الحاشية ٤٣ أعلاه، الصفحتان ٢٣ و ٢٤ (“جميع الدول التي قد تصبح ملزمة من جراء عدم تحركها يجب أن يتاح لها الوقت الضروري لتجنب القبول الضمني من خلال مقاومة القاعدة“)؛ و A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), at p. 94 (“السماح بالشيء لا يرقى في حد ذاته إلى مستوى قبول الممارسة بمثابة قانون... وقد تترتب على مبدأ الإقرار مجموعة من الآثار، وهو إقرار من الصعب جدا إثباته، ويقتضي استمرار الامتناع لمدة طويلة وبطريقة متسقة، مع إدراك التغير القانوني“)؛ و I. Sinclair, “Estoppel and Acquiescence”, in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996), at pp. 104, 120 (“أثبتت المحكمة حكماتها وانضباطها باشتراط أن يكون السلوك الذي قد يقال بأنه يرقى إلى مستوى الإقرار متواصلاً على مدى فترة معينة من الزمن“).

مشروع الاستنتاج ١١

إثبات القبول بمثابة قانون

...

٣ - قد يُستخدم الامتناع أيضا كدليل لإثبات القبول بمثابة قانون، بشرط أن تقتضي الظروف رد فعل ما.

رابعا - دور المعاهدات والقرارات

٢٧ - إن الأهمية الفعلية للمعاهدات وإبرام المعاهدات (وبخاصة إبرام المعاهدات المتعددة الأطراف)، وللقرارات الصادرة عن المنظمات والمؤتمرات الدولية، أمر مسلم به تماما. ومع تقدم التنظيم الدولي وتدوين القانون الدولي، أصبح القانون الدولي العرفي "يتسم أكثر فأكثر بالعلاقة الوثيقة التي تجمعها بالنصوص المكتوبة"^(٥٤). وعلى حد تعبير القاضي تومكا، فإن

T. Treves, "Customary International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (٥٤) para. 2 (2006), (مضيفا، في الصفحة ٢٥، أن "تكثيف الممارسة داخل المنظمات والمؤتمرات الدولية، واعتماد المعاهدات المتعددة الأطراف، ووجود ونشاط المحاكم الدولية المتخصصة قد أسهم في تسريع وتيرة نشأة القواعد العرفية في هذه المجالات وغيرها"). انظر أيضا: *South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6, at p. 291 (الرأي المخالف للقاضي تانكا) ("إن ظهور منظمات مثل عصبة الأمم والأمم المتحدة، بوكالاتهما والمؤسسات التابعة لهما، لتعوض قسما كبيرا من الطريقة الفردانية التقليدية في التفاوض الدولي بطريقة دبلوماسية الهيئات التداولية" (Judgment on the South West Africa cases, I.C.J. Reports 1962, p. 346) سيؤثر لا محالة على طريقة توليد القانون الدولي العرفي)؛ و J. Charney, "Remarks on the Contemporary Role of Customary International Law", in *ASIL/NVIR Proceedings* (1995), p. 23 (في حين أن القانون العرفي ما زال يستحدث بطريقة تقليدية، فإن تلك العملية بدأت تفسح المجال على نحو متزايد في السنوات الأخيرة لطريقة أكثر تنظيما ... فالتطورات التي يشهدها القانون الدولي غالبا ما تبدأ أو تلقى دعما كبيرا من المقترحات والتقارير والقرارات والمعاهدات والبروتوكولات التي تناقش في هذه المحافل [المتعددة الأطراف]؛ و J. Barboza, "The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly", in C.A. Armas Barea et al. (eds.), *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda* (Kluwer Law International, 2000), at pp. 1, 14 ("عادة ما ينتج العرف هذه الأيام عن حقن النصوص في جسم الممارسات القائمة")؛ و Danilenko، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحتان ٧٩ و ٨٠ ("يؤدي ظهور أشكال جديدة من ممارسة الدول، في إطار المؤتمرات والمنظمات الدولية، وهي أشكال تتكون أساسا من مطالبات وإعلانات شفوية، إلى "إضفاء طابع رسمي" أكثر فأكثر على عملية وضع القوانين العرفية. وقد تسفر هذه الممارسة عن توافق واسع النطاق يحدد الخطوط العريضة للسلوك المفضل للدول قبل نشوء الممارسة الفعلية، ومن ثم يؤثر في التطورات اللاحقة. وهذه العملية "التفاوضية" العرفية المعدلة تجعل تحديد عناصر الإرادة الواعية الرامية إلى وضع أو تعديل الالتزامات القانونية العرفية أكثر وضوحا")؛ و S.D. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West, 2012), at p. 98 ("لإحدى الديناميات المهمة في إطار القانون الدولي هي الطريقة التي تسهم بها المعاهدات في تبلور وتطور

”الانتشار المتزايد للتعبير عن الآراء القانونية في شكل كتابي دقيق - عن طريق المعاهدات وأعمال التدوين والقرارات وما إلى ذلك - له تأثير كبير في طريقة” التحقق من القانون الدولي العرفي^(٥٥).

٢٨ - وقد تعكس هذه النصوص المكتوبة قواعد قائمة للقانون الدولي العرفي (تدوين القانون القائم)؛ أو قد تسعى إلى توضيح أو تطوير القانون (التطوير التدريجي)؛ أو قد تضع قانونا جديدا. ومن ثم، فغالبا ما تكون هناك حاجة ”ليس إلى توضيح القاعدة القانونية، بل إلى تحديد ما إذا كانت قاعدة معبر عنها بوضوح في صك [مكتوب] توافق في الواقع القانون العرفي“^(٥٦).

٢٩ - وينبغي توخي الحذر عند السعي، من خلال نصوص مكتوبة مثل المعاهدات والقرارات، إلى تحديد قواعد القانون الدولي العرفي^(٥٧). فكما سيتم إبراز ذلك أدناه، ينبغي مراعاة جميع الظروف المحيطة وتقييم وزنها.

القانون الدولي العرفي“؛ و Condorelli، الحاشية ٣٢ أعلاه، الصفحة ١٥١ ”ينظر هذه الأيام إلى القانون العرفي بشكل متزايد على أنه ’عرف مدون‘، أي أننا نجد توافقا عاما بين القواعد العرفية العامة وتلك المدونة في الاتفاقيات الدولية الكبرى ذات الطابع العالمي (أساسا)“؛ و O. Corten, *Méthologie du droit international public* (Editions de l'Université de Bruxelles, 2009), at pp. 161-178 ”المصادر الوثائقية اللازمة لإثبات قاعدة عرفية ما“.

(٥٥) Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ١٩٦ (أضاف في الصفحة ٢١٥، في معرض إشارته إلى الطريقة التي تتبعها المحكمة الدولية في تحديد مضمون قاعدة عرفية ما، أن ”مشهد القانون الدولي شهد تغيرات جذرية منذ تعريف القانون العرفي في بادئ الأمر على أنه ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون. وعلى وجه الخصوص، أصبح مضمون القانون الدولي يحدد بشكل متزايد من خلال اعتماد صكوك ملزمة وغير ملزمة يُزعم أنها تدون قواعد القانون الدولي“). انظر أيضا: G. Gaja, 364 *Recueil des cours* (2012), pp. 37, 38, 39 ”عوض الاستناد إلى تحليل شامل لموقف الدول، غالبا ما تعتمد المحكمة [الدولية] على نص له بعض الحجية... وفي العديد من الحالات، يكون النص المعني اتفاقية تدوين، حتى وإن تعذر تطبيقها على النزاع قيد النظر... وثمة عدد من القرارات اعتبرت فيها المحكمة إعلانا صادرا عن الجمعية العامة أو مؤتمر من مؤتمرات الدول على أنه نص ذو حجية“.

(٥٦) Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ٢٠٥ (مشيرا إلى اتفاقيات التدوين).

(٥٧) انظر أيضا: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 97-98, para. 184 ”قيام الدول بإعلان إقرارها بقواعد معينة ليس كافيا لوحده لتعتبر المحكمة أن هذه القواعد جزء من القانون الدولي العرفي، وتطبق بالتالي على تلك الدول. فالحكمة، بقدر ما هي متباعدة بأحكام المادة ٣٨ من نظامها الأساسي لتطبيق العرف الدولي، في جملة أمور، ”بصفته دليلا على وجود ممارسة عامة متعارف عليها بوصفها قانونا“، لا يجوز لها أن تغفل الدور الأساسي الذي تؤديه الممارسة العامة... ففي مجال القانون الدولي العرفي، لا يكفي الرأي المشترك للأطراف بشأن مضمون ما تعتبر أنه القاعدة. ولا بد للمحكمة أن تقتنع بأن وجود القاعدة يتجسد في اعتقاد الدول بالإلزام المؤكد بالممارسة“؛ و I. Sinclair, “The Impact of the

٣٠ - وتتناول الأقسام الفرعية التالية شكلين من أشكال النصوص المكتوبة المعتمدة من الدول، التي غالبا ما يُرجع إليها في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. ويمكن أن تنطبق اعتبارات مماثلة على نصوص مكتوبة أخرى، مثل تلك الصادرة عن لجنة القانون الدولي، لا سيما عندما تشكل بدورها موضوع تصرفات صادرة عن الدول.

ألف - المعاهدات

٣١ - تتضمن الفقرة ٢ من مشروع الاستنتاج ٤ [٥]، بالصيغة التي اعتمدها لجنة الصياغة في عام ٢٠١٤، "الإجراءات المتعلقة بالمعاهدات" كشكل من الأشكال التي قد تتخذها ممارسة الدول^(٥٨). ويتضمن مشروع الاستنتاج ١١ في التقرير الثاني (الذي لم تنظر فيه لجنة الصياغة بعد) "الممارسات المتعلقة بالمعاهدات" كشكل من أشكال الأدلة التي تثبت قبول ممارسة عامة بمخاطبة قانون^(٥٩). وفي المناقشات التي دارت داخل اللجنة وفي اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤، اقترح مواصلة بحث دور المعاهدات في التقرير الثالث. وفي حين أن التفاعل بين المعاهدات والقانون الدولي العرفي يثير عددا من القضايا الهامة، فإننا معنيون في السياق الحالي بأهمية المعاهدات وإبرام المعاهدات في نشأة وتحديد القانون الدولي العرفي.

Unratified Codification Convention", in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 211, 220 ("ثمة اعتبارات معقدة ... يتعين أخذها في الحسبان عند تحديد مدى إمكانية اعتبار قاعدة جديدة مكرّسة في إحدى اتفاقيات التدوين تعبيرا عن قاعدة موجودة أو ناشئة من قواعد القانون العرفي، وإذا كان الأمر كذلك، معرفة إلى أي حد. وينبغي تحليل أي قاعدة من هذا القبيل في سياقها وفي ضوء الظروف المحيطة باعتمادها. وينبغي أيضا النظر إليها على خلفية ما قد يشكل ممارسة للدول تتطور بسرعة لتفضي إلى نشوء قاعدة جديدة")؛ و O. Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), at pp. 717, 721, 730-731 ("... ينبغي توخي الحذر فيما يتعلق بالقواعد التعاقدية. فمن الضروري مراعاة عوامل مختلفة في تقييم ما يثبت الاعتقاد بالإلزام. وفي العديد من الحالات، تمكّن محاضر المناقشات وآراء الخبراء والتحليل الدقيق للقواعد المعنية من الوصول إلى حكم مفاده أن ثمة اعتقادا عاما بأن تلك القواعد جزء من القانون العرفي وبأنها ملزمة لجميع الدول. ومن المهم التنبيه إلى أن الاستنتاجات المتعلقة بالاعتقاد العام بالإلزام لا يمكن أن تستند إلى آراء الأغلبية العددية فقط. فثمة عنصر أساسي هو أن تدرج الدول جميعها آراء الدول المهتمة بشكل خاص بالمسألة قيد النظر وتلك التي لديها القدرة والعزم على أن تترجم قناعتها فيما يتعلق بالالتزام القانوني المعني على أرض الواقع").

(٥٨) التقرير المؤقت لرئيس لجنة الصياغة، ٧ آب/أغسطس ٢٠١٤، المرفق؛ انظر أيضا: A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٤١ (ح).

(٥٩) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٧٦ (و).

٣٢ - وقد نظرت اللجنة من حين لآخر في أهمية المعاهدات في تحديد القانون الدولي العرفي، وورد بيان لذلك في مذكرة الأمانة العامة^(٦٠). وفي الواقع، فقد ذكرت اللجنة منذ عام ١٩٥٠، في تقريرها إلى الجمعية العامة، ما يلي:

يمكن لمبدأ أو قاعدة للقانون الدولي العرفي أن يتجسد في اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف لكي تكون له، ضمن الحدود المذكورة، قوة تعاهدية بالنسبة للدول الأطراف في الاتفاق ما دام الاتفاق نافذا؛ بيد أنه سيظل ملزماً للدول الأخرى باعتباره مبدأ أو قاعدة للقانون الدولي العرفي. وبالفعل، فكثيراً ما يُعتمد في الجهود الرامية إلى إثبات وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي على الصياغة التعاهدية التي تقوم بها دول معينة لممارسة تتبعها أيضاً دول أخرى. وحتى الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي وُقعت لكنها لم تدخل حيز النفاذ، فغالبا ما ينظر إليها على أن لها قيمة في إثبات القانون الدولي العرفي. ولذلك ترى اللجنة، للأغراض الحالية، أن من المناسب مراعاة توافر مواد القانون الدولي التعاهدي فيما يتعلق بنظرها في سبل ووسائل جعل أدلة إثبات القانون الدولي العرفي أيسر منالاً^(٦١).

٣٣ - ولا تشكل أحكام المعاهدات في حد ذاتها قواعد للقانون الدولي العرفي^(٦٢)، ولكن هذه الأحكام، بوصفها "تعبيراً صريحاً عن إرادة الدول"^(٦٣)، قد توفر أدلة قيمة على وجود

(٦٠) مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٢٣ (الحاشية ٥٥)، والفقرة ٢٩ (الحاشية ٨٤).

(٦١) Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, p. 268, para. 19.

(٦٢) انظر أيضاً: A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), at p. 236 ("إن الدعم الذي تلقاه قاعدة تعاهدية ما، مهما كان عالمياً، لا يمكنه في حد ذاته أن ينشئ قانوناً 'فوراً'. فهذه المعاهدات [الشارعة] لا تنشئ قوانين جديدة إلا إذا كانت مدعومة بممارسة متسقة وتمثيلية للدول على مدى فترة من الزمن. ويمكن لتلك الممارسة، في حالات معينة، أن تشمل أساساً الإقرار أو غياب الممارسة غير المتسقة")؛ و R. Bernhardt, "Custom and treaty in the law of the sea", 205 *Recueil des cours* (1987), pp. 265, 272 ("أعتقد أنه يمكن الجزم بأمر واحد على الأقل، وهو أنه إذا كانت هناك قاعدة تعاهدية وليست هناك أي أدلة إضافية تدعمها، فإن هذا لا يكفي لنشوء قاعدة عرفية. فلا يمكن اعتبار أن الأحكام الواردة في معاهدة ما تعبر عن قواعد عرفية إلا إذا كان بالإمكان إثبات وجود عناصر إضافية من ممارسات الدول مدعومة بالاعتقاد بالإلزام")؛ و Schachter، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحة ٧٢٣ ("من المؤكد أنه ليس هناك أي دعم من المحاكم أو الفقهاء لاستنتاج أن المعاهدة تصبح قانوناً عرفياً بمجرد إبرامها أو دخول حيز النفاذ").

(٦٣) I.F.I. Shihata, "The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument", *Revue égyptienne de droit international*, 22 (1966), pp. 51, 73.

هذه القواعد (من عدمه) وعلى مضمونها^(٦٤). ويمكنها، على وجه الخصوص، أن تتضمن صياغات دقيقة نسبياً لقواعد عرفية محتملة، وتعكس وجهات نظر الدول بشأن طبيعتها (على الأقل في وقت إبرام المعاهدة ذات الصلة)^(٦٥). ويمكن بالتالي للمعاهدات أن تمكن من

(٦٤) انظر: [قضية كاينغ غيك إيف، المدعو "دوتش"]، KAING Guek Eav alias Duch, Case No. 001/18-07-، 2007-ECCC/SC, Appeal Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), para. 94 ("يجب إقرار أن القانون التعاهدي والقانون الدولي العرفي غالباً ما يدعم ويكمل أحدهما الآخر. وبذلك، يمكن للقانون التعاهدي أن يستخدم لإثبات القانون الدولي العرفي إما بإعلان اعتقاد الدول الأطراف بالإلزام أو بتحديد القانون الدولي العرفي المنطبق الذي كان قد تبلور بالفعل وقت اعتماد المعاهدة")؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ١٣٢ ("يمكن للنصوص التعاهدية - وإن لم يكن في جميع الحالات - أن تتيح الدليل على قاعدة عرفية ما. فهذه النصوص، شأنها في ذلك شأن القوانين والقرارات، هي فقط تعكس أو تعلن، لكنها (بسبب استقلال المصادر) لا تشكل في الواقع، القاعدة العرفية المعنية التي يعتمد وجودها على شروط أخرى تتعلق بممارسة الدول والاعتقاد بالإلزام، والتي لا تتطلب الأساس التعاقدية الإضافي لاكتساب قوتها الإلزامية")؛ و Shihata، الحاشية ٦٣ أعلاه، الصفحة ٨٩ ("في الواقع، لكل معاهدة قيمة إثباتية تتجاوز حدودها التعاقدية. وتختلف درجة هذه القيمة من معاهدة إلى أخرى، لكن الاختلاف ليس كبيراً إلى درجة تحرم المعاهدة من أي قيمة إثباتية أو تجعلها دليلاً قاطعاً في حد ذاتها")؛ و J.I. Charney، "International Agreements and the Development of Customary International Law"، *Washington Law Review*, 61 (1986), pp. 971, 990 ("تتيح المؤتمرات المعقودة للتفاوض على اتفاق دولي ما وسيلة تعبر من خلالها الدول عن آرائها بغرض وضع قواعد قانونية. والاتفاقات التي يتم التوصل إليها في هذه المحافل تغير تصورات الدول لحقوقها وواجباتها. ولو لم تكن لهذه العملية صلة بتطور القانون العرفي، لأصبحت بعض القوانين حاملة مع مرور الوقت ولا تعكس الحركة التي تحققت في المفاوضات الدولية. ويمكن أن تؤدي الفجوة التي قد تنشأ بين العرف والقانون التعاهدي إلى تعقيد العلاقات بين الدول")؛ و I.L. Lukashuk، "Customary Norms in Contemporary International Law"، in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), at pp. 487, 499 ("يمثل مضمون المعاهدات المتعددة والثنائية الأطراف أوضح وأبلغ دليل على الممارسة القانونية تحديداً")؛ و A.M. Weisburd، "Customary international Law: The Problem of Treaties"، *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), pp. 1, 5 ("المعاهدات، شأنها في ذلك شأن الأنظمة الأساسية، هي وثائق قانونية يمكن الوصول إليها، بعبارة دقيقة إلى حد ما، بسهولة نسبية. وكلما أعطي لها وزن أكبر في تحديد قواعد القانون العرفي، كلما كان من الأسير القيام بعمليات التحديد تلك")؛ و R.R. Baxter، "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law"، *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-66), pp. 275, 278 ("يجب اعتبار معاهدة يكون عدد الدول الأطراف فيها كبيراً على أنها دليل قوي للغاية على القانون. وبالطبع، وكما هو الحال بالنسبة لأي قاعدة مستمدة من ممارسة عدد من الدول، فإن قوة القاعدة المزعومة تزيد أو تنقص بغياب أو بوجود ممارسات متضاربة من جانب الدول الأخرى")؛ و K. Wolfke، "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation"، in J. Klabbbers, R. Lefebvre (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), pp. 31, 36 ("إثبات القواعد العرفية الدولية مهمة شاقة تؤدي فيها المعاهدات دوراً مهماً للغاية")؛ مضيفاً أن "دور الإثبات الذي تؤديه المعاهدات مرتبط ارتباطاً وثيقاً بدورها في عملية إنشاء العرف".

(٦٥) انظر أيضاً: Baxter، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحتان ٢٧٨ و ٢٩٧ ("بما أن المعاهدة تتكلم بصوت واحد وليس [بعدة أصوات]، فإنها دليل أوضح وأكثر مباشرة بكثير على حالة القانون من الأدلة المتضاربة

النظر بصورة أولية "فيما إذا كانت قاعدة عرفية واجبة التطبيق على الحالة قد حُددت في السابق قبل أن يصبح من الضروري فحص الأدلة الرئيسية على وجود العرف من جديد"^(٦٦)؛ وقد قالت محكمة العدل الدولية إنه "يمكن ويجب مراعاتها في التحقق من مضمون القانون الدولي العرفي"^(٦٧).

٣٤ - غير أن النصوص التعاقدية لوحدها لا يمكن أن تشكل دليلاً قاطعاً على وجود أو مضمون قواعد القانون الدولي العرفي: فأياً كان الدور الذي يمكن أن تؤديه المعاهدة إزاء القانون الدولي العرفي (انظر أدناه)، من أجل إثبات وجود قاعدة في القانون الدولي العرفي وردت في نص مكتوب، لا بد أن تلقى هذه القاعدة الدعم في حالات ممارسة خارجية مقترنة بالقبول بمثابة قانون^(٦٨). ووفقاً لنص الحكم الصادر في القضية المتعلقة بالجرف القاري

الغامضة المتعدد الأزمنة التي يمكن جمعها من خلال فحص ممارسة كل دولة من الدول [الموقعة] على حدة ... فهيكّل القانون التعاقدية أكثر إقناعاً وأبلغ من هيكل مؤلف من خليط من المواد المتنوعة المستقاة من ممارسات الدول^(٦٩)؛ و Schachter، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحتان ٧٢١ و ٧٢٢ ("إمكانية الوصول إلى المعاهدة - أي إلى قواعد القانون الراسخة - عامل مهم من الناحية العملية")؛ و J. Kirchner، "Thoughts About a Methodology of Customary International Law"، *Austrian Journal of Public and International Law*, 43 (1992), pp. 215, 231 ("توفر المعاهدات في أية قضية حزاناً للغات قاعدة محتملة. فهي تيسر مهمة المحكمة [الدولية] في صياغة القواعد العرفية المعنية، وذلك لتفادي المهمة المضنية المتمثلة في وضع قواعد عامة انطلاقاً من سلسلة من الأعمال الفردية. وبدلاً من ذلك، بإمكان المحكمة أن تقارن ممارسة الدول بمضمون قاعدة صيغت من قبل").

(٦٦) Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ٢٠١ (مضيفاً، في الصفحة ٢٠٦، أنه "في حال وجود تدوين، فإن المحكمة لا تلجأ لاستخلاص قاعدة من حالات ممارسة عن طريق الاستنتاج المحض، وإنما من خلال النظر فيما إذا كانت حالات الممارسة تدعم القاعدة المكتوبة").

(٦٧) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*، *Merits, Judgment*, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at p. 97, para. 183 (إذ خلصت المحكمة إلى أن ثمة تداخلاً بين المعاهدات المعنية والقانون الدولي العرفي، قالت إنه "يجب ألا يغيب عن بال المحكمة ميثاق الأمم المتحدة وميثاق منظمة الدول الأمريكية، بغض النظر عن التحفظات على المعاهدات المتعددة الأطراف ... ويمكن للمحكمة، بل ويجب عليها، أن تراعيهما في التحقق من مضمون القانون الدولي العرفي"). انظر أيضاً: *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta)*، *Judgment*, I.C.J. Reports 1985, p. 13, at p. 30 ("لا يمكن إنكار أن اتفاقية عام ١٩٨٢ تكتسي أهمية قصوى، إذ اعتمدها أغلبية ساحقة من الدول؛ ومن ثم، فمن الواضح أن من واجب المحكمة، حتى بغض النظر عن إشارات الأطراف إلى الاتفاقية، النظر في مدى إلزام أي من أحكامها ذات الصلة للأطراف بوصفها قاعدة من قواعد القانون الدولي").

(٦٨) انظر أيضاً: *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 104 (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("لا يمكن استخلاص الدليل على نشأة العرف من البيانات الواردة في نص اتفاقية ما، بل يتعين البحث عنها في ممارسة الدول")؛ و *Nuclear Tests (Australia France)*، *Judgment*, I. C. J. Reports 1974, p. 253, at p. 435 (الرأي المخالف للقاضي بارويك) ("القانون التعاقدية الذي يسري فقط على الأطراف في الاتفاقية قد يصبح في ظروف معينة قانوناً عرفياً. وفي المقابل، فإن ... معاهدة مقبولة

(الجمهورية العربية الليبية ضد مالطة)، ”من البديهي طبعاً أنه يتعين البحث عن جوهر القانون الدولي العرفي بالدرجة الأولى في الممارسة الفعلية للدول والاعتقاد بالزاميتها، بالرغم من أن الاتفاقيات المتعددة الأطراف قد يكون لها دور مهم في تسجيل وتعريف القواعد المنبثقة من العرف، أو في وضعها“^(٦٩).

٣٥ - وهناك على الأقل ثلاث طرائق يمكن من خلالها لحكم تعاهدي أن يعكس قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٧٠)، أو بعبارة أخرى، يساعد في تحديد وجود ومضمون القاعدة: إذ يمكن للحكم أن '١' يدون قاعدة موجودة وقت إبرام المعاهدة؛ '٢' أو يؤدي إلى بلورة قاعدة قد تكون في طور النشوء؛ '٣' أو يؤدي إلى ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون، بحيث تُخرج قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي إلى حيز الوجود. وبينما تجدر الإشارة إلى أن الأمر يتعلق هنا بثلاث عمليات مختلفة، في كل حالة من الحالات، إلا أنها قد تتداخل مع بعضها بعضاً.

على نطاق واسع قد لا تنشئ أو تثبت حالة من حالات القانون الدولي العرفي ...“؛ و Shihata، الحاشية ٦٣ أعلاه، الصفحة ٩٠ (”لا يمكن لمعاهدة واحدة، في حد ذاتها وفي بدايتها، غير مدعومة بأي ممارسة سابقة أن تنشئ أو تثبت لوحدها وجود قاعدة عامة، رغم أنها قد تشكل الخطوة الأولى في نشأة هذه القاعدة“؛ و Charney، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحة ٩٩٦ (”تتيح مفاوضات [المؤتمر الدولي] والاتفاقات الدولية] هذه أدلة مفيدة على قواعد جديدة للقانون الدولي ... [لكن] ينبغي أن ينظر إليها بعناية في سياق ممارسة الدول والاعتقاد بالإنزام“؛ و Weisburd، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحة ٦ (”المعاهدات ليست إلا شكلاً إضافياً من ممارسات الدول ولا يمكن الإجابة على الأسئلة المتعلقة بمضمون القانون الدولي العرفي بمجرد النظر إلى لغة المعاهدات“).

(٦٩) *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13, at pp. 29-30, para. 27. انظر أيضاً: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 98, para. 184 (”حين تتفق دولتان على إدراج قاعدة معينة في معاهدة ما، فإن اتفاقهما يكفي لجعل تلك القاعدة قاعدة قانونية ملزمة لهما؛ لكن في مجال القانون الدولي العرفي، لا يكفي الرأي المشترك للأطراف بشأن مضمون ما تعتبر أنه القاعدة. ولا بد للمحكمة أن تقتنع بأن وجود القاعدة يتجسد في اعتقاد الدول بالإنزام المؤكد بالممارسة“؛ و Boyle and Chinkin، الحاشية ٦٢ أعلاه، الصفحة ٢٣٤ (”المعاهدة لا ’تضع‘ القانون العرفي، لكن ... يمكنها أن تدون القانون القائم وتسهم في العملية التي يستحدث ويتطور بها القانون العرفي الجديد“).*

(٧٠) قد يتغير، بطبيعة الحال، مركز حكم المعاهدة باعتباره يسهم في تدوين أو تطوير قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، وفقاً للنقطة الزمنية التي يقيم فيها مركز هذا الحكم.

٣٦ - أولاً، يمكن للمعاهدات أن تدون قواعد قائمة من قبل في إطار القانون الدولي العرفي^(٧١). وفي هذه الظروف، فإنها تعلن هذه القواعد وهي في "منشئها أو بدايتها"^(٧٢)، أي أن "واضعي المعاهدة يحددون قواعد القانون الدولي العرفي القائمة في بداية صياغة المعاهدة التدوينية ويعبرون عن هذه القواعد في شكل قانون مدون"^(٧٣). فالدول الأطراف

(٧١) تؤكد المواد ٤ و ٣٨ و ٤٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إمكانية وجود القواعد التعاقدية والعرفية. موازنة مع بعضهما بعضاً. انظر أيضاً: [قضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (كرواتيا ضد صربيا)]، *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015, para. 88. المعاهدة إلى التزام قائم أيضاً بموجب القانون الدولي العرفي، فإن الالتزام بموجب المعاهدة والالتزام بموجب القانون العرفي يظلان منفصلين ومستقلين^(٧٤)؛ و *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, at p. 424. "إن كون ... [مبادئ القانون الدولي العرفي والقواعد العامة للقانون الدولي]، المعترف لها بهذه الصفة، قد دُوِّنت أو أُدرجت في اتفاقيات متعددة الأطراف لا يعني أنها لم يعد لها وجود وأنها لا تُطبق بصفتها مبادئ للقانون العرفي، حتى تجاه البلدان الأطراف في تلك الاتفاقيات"^(٧٥)؛ و *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 94-96; p. 207 (الرأي المخالف للقاضي شوبيل)؛ و [القضية المتعلقة بموظفي الولايات المتحدة الدبلوماسيين والقنصلين في طهران] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 24, para. 45, and pp. 30-31, para. 62. المخالف للقضاة هاكويرث وبدوي وليفي كارنيرو والسير بينغال راو)؛ و [قضية تعيين الحدود البحرية في المنطقة الواقعة بين غرينلاند ويان ماين] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 135. Weisburd، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحتان ١٩ و ٢٠. وللإطلاع على مختلف الآراء المتعلقة بأثر المعاهدات التدوينية على القواعد العرفية التي يزعم أنها تجسدها، انظر: Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحات ١٥١-١٥٤.

(٧٢) *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 45, para. 81. انظر أيضاً الصفحة ٢٤٢ (الرأي المخالف للقاضي سورينسن) "ثمة أحكام تعاقدية تكتفي بصياغة قواعد للقانون الدولي تم بالفعل قبولها عموماً باعتبارها جزءاً من القانون العرفي الدولي، ولا خلاف على أن القواعد التي جُسِّدت وصيغت في هذه الأحكام تنطبق على جميع الدول، سواء كانت أطرافاً في المعاهدة أم لا".

(٧٣) Dinstein, "The Interaction Between Customary International Law and Treaties", 322 *Recueil des cours* (٢٠٠٦)، pp. 243, 357. ووفقاً لتفسير باكستر، "يسهل كثيراً وصف المعاهدة بأنها معاهدة معلنة بتضمينها بياناً صريحاً يفيد بذلك، ويكون هذا عادة في ديباجة الصك، لكن يمكن أيضاً التأكد من اتساق المعاهدة بهذا الطابع بملاحظة الأعمال التحضيرية لإبرامها ومختلف مراحل صياغتها": R.R. Baxter, "Treaties and Custom", 129 *Recueil des cours* (1970)، pp. 27, 56. الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحة ٣٦ ("إذا تضمنت إحدى المعاهدات اعترافاً صريحاً، أو حتى غير مباشر، بقاعدة عرفية قائمة أصلاً، يشكل هذا الاعتراف دليلاً إضافياً لإثبات القاعدة العرفية المعنية"). وقد أصاب ويزُرد حين أوضح

في اتفاقية جنيف لأعالي البحار (١٩٥٨)، على سبيل المثال، تشير في ديباجة الاتفاقية إلى رغبتها في "تدوين قواعد القانون الدولي المتصلة بأعالي البحار" وإلى أن "الأحكام التالية معلنة في جوهرها لمبادئ مستقرة في القانون الدولي". أما القائمين على صياغة اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية (٢٠٠٤)، ففي حين اعتبروا في الديباجة أن "حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية مقبولة بوجه عام، كمبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي"، فقد أعربوا عن اعتقادهم بأن وجود اتفاقية دولية "من شأنه أن يساهم في تدوين القانون الدولي وتطويره [تدريجياً] ومواءمة الممارسة في هذا المجال". وفي حالات أخرى، يمكن أيضاً لمفهوم التدوين أن يرد ضمناً في النص^(٧٤).

٣٧ - غير أن المعاهدات التي يزعم أنها تدون قواعد القانون الدولي العرفي "لا تتيح إمكانية التحقق من هذه النقطة"^(٧٥). ذلك أن "اتفاقيات التدوين" يمكن أن (وكثيراً ما) تتضمن

بأنه "حتى عندما يكون هذا النوع من الإعلان [بأن المعاهدة معلنة للعرف] وصفاً غير دقيق لحالة القانون في تاريخ إبرام المعاهدة، فهو يرقى إلى مرتبة الاعتراف الصريح من الأطراف في المعاهدة بأنها قد تكون ملزمة قانونياً بالقواعد المنصوص عليها في المعاهدة وإن لم تكن المعاهدة موجودة": Weisburd، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحة ٢٣.

(٧٤) كما هو الحال في اتفاقية الإبادة الجماعية، التي "تؤكد" فيها الأطراف أن الإبادة الجماعية جريمة بموجب القانون الدولي (انظر أيضاً: I.C.J. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 23).

(٧٥) J.K. Gamble, Jr., "The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, 16 (1981), pp. 305, 310. انظر أيضاً: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (1981), pp. 305, 310. (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 97-98, para. 184 ("قيام الدول بإعلان إقرارها لقواعد معينة ليس كافياً لوحده لتعتبر المحكمة أن هذه القواعد جزء من القانون الدولي العرفي، وتنطبق بالتالي على تلك الدول. فالخكمة، بقدر ما هي متقيدة بأحكام المادة ٣٨ من نظامها الأساسي لتطبيق العرف الدولي، في جملة أمور، 'بصفته دليلاً على وجود ممارسة عامة متعارف عليها بوصفها قانوناً'، لا يجوز لها أن تغفل الدور الأساسي الذي تؤديه الممارسة العامة. ... في مجال القانون الدولي العرفي، لا يكفي الرأي المشترك للأطراف بشأن مضمون ما تعتبر أنه القاعدة. ولا بد للمحكمة أن تقتنع بأن وجود القاعدة يتجسد في اعتقاد الدول بالإلزام المؤكد بالممارسة"؛ و Murphy، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٩٩ ("في غياب ما يثبت العكس، هناك حجة معقولة مفادها أن المعاهدة الجديدة ليست تدويناً للقانون الدولي العرفي القائم، لأنه لو كان الأمر كذلك، لما كانت هناك حاجة إلى المعاهدة")؛ و Danilenko، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ١٥٤ ("ينبغي التشديد على أن اتفاقيات التدوين، حتى تلك التي تتضمن صراحة إعراباً عن كونها تكرر القانون العرفي القائم، لا يمكن أبداً اعتبارها دليلاً قاطعاً يثبت القانون العرفي")؛ و A.T. Guzman, "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), pp. 115, 162 ("من المهام الرئيسية للمعاهدات إنشاء التزامات جديدة بين الدول، وهي التزامات غير قائمة بموجب القانون الدولي العرفي. ومن ثم فإنه من الصعب، لدى مواجهة ممارسة قائمة على التزامات تعاقدية، معرفة ما إذا كان ذلك يعكس اعتقاداً بالإلزام")؛ و L.B. Sohn, "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", in A. Bos and H. Siblesz

أحكاما تطور القانون^(٧٦) أو تمثل ترتيبات خاصة تقررها الأطراف المتفاوضة، بيد أن الحكم الواحد لا يمكنه أن يكون معلنا للقانون الدولي العرفي إلا بشكل جزئي^(٧٧). وهناك أيضا إمكانية لأن يكون تصريح يتضمنه نص معاهدة ما بشأن ما يعتبر في حكم القانون الدولي العرفي غير صحيح، أو أن يكون القانون الدولي العرفي قد تطور منذ إبرام المعاهدة^(٧٨). ومن ثم، فمن الضروري في كل حالة التحقق مما إذا كان المقصود بالفعل من الحكم المعني تدوين العرف، وما إذا كان يعكس القانون الدولي العرفي، أي أنه من الضروري تأكيد أن "وجود القاعدة يتجسد في اعتقاد الدول بالإلزام المؤكّد بالممارسة"^(٧٩). ولا بد أثناء القيام بذلك من النظر إلى بيانات الدول وسلوكها: "فلا بد من تقييم أهمية الأدلة المستمدة من ممارسات الأطراف والمكرّسة في المعاهدة مع مقارنتها بجميع أدلة القانون الدولي العرفي الأخرى [المتسقة وغير المتسقة] وفقا للإجراء العادي المتبع في إثبات القانون الدولي العرفي"، ولا سيما "الممارسات أو الإعلانات السابقة للدولة [أو الدول] المؤكّدة"^(٨٠). وقد تشير الأعمال التحضيرية للحكم المعني إلى إمكانية ومدى اعتبار أطراف المعاهدة أن الحكم معلن للقانون الدولي القائم^(٨١)؛ وقد تكون للبيانات اللاحقة للمعاهدة أهمية في هذا الشأن

(eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 231, 237 ("قد لا تمثل المعاهدة القانون المقبول، وإنما حالة عدم تقييد به بين أطراف المعاهدة").

(٧٦) تشير ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢، على سبيل المثال، إلى "عملية تدوين قانون البحار وتطويره التدريجي التي تحققت في هذه الاتفاقية".

(٧٧) انظر أيضا: F. Pocar, "To What Extent Is Protocol I Customary International Law?", in A. E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign* (Naval War College, 2002), at pp. 337, 339 ("حيث إن عملية التدوين تقتضي بالضرورة تقييما للقاعدة العرفية المعنية أو المبدأ العرفي المعني، وتعريفا مكتوبا لهذه القاعدة أو هذا المبدأ، يمكن اعتبار أن النص المكتوب الذي تسفر عنه هذه العملية يؤثر في نطاق ومضمون القاعدة أو المبدأ. وعليه، فإن أي توضيح أو عنصر جديد قد يضاف - كما هو الحال عادة - بموجب الحكم التعاهدي إلى مبدأ من مبادئ القانون العرفي الذي يدونه يجب التحقق منه بدقة لتحديد ما إذا كان مقبولا تطبيقه بشكل عام. غير أن إضافة عناصر جديدة بموجب حكم تعاهدي إلى مبدأ عرفي ينبغي تمييزه عن أوجه التحديد المستمدة بالضرورة ضمنا من المبدأ العرفي المقبول").

(٧٨) انظر أيضا: Wolfke، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحة ٣٥ ("يمكن للمعاهدة أن تكون في أحسن الأحوال نسخة شبه مطابقة لممارسة فعلية، كأنها صورة لشخص حي").

(٧٩) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 98, para. 184.

(٨٠) Baxter، الحاشية ٧٣ أعلاه، الصفحتان ٤٣ و ٤٤.

(٨١) انظر، على سبيل المثال: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory

أيضاً^(٨٢). وقد تكون لبحث الممارسة خارج نطاق المعاهدة، أي ممارسة غير الأطراف أو ممارسة الأطراف إزاء غير الأطراف، أهمية خاصة.

٣٨ - ثانياً، يمكن للمعاهدات (أو، ربما بشكل أدق، لإبرام المعاهدات) بلورة قواعد للقانون الدولي العرفي قد تكون في طور النشوء. ويحدث ذلك عندما يتطور القانون "من خلال ممارسة الدول على أساس المناقشات التي دارت في المؤتمر والاتفاقات التي كادت تتوصل إليها الأطراف المشاركة ... نتيجة للتوافق العام في الآراء" في المؤتمر^(٨٣). وعلى حد

Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 47, para. 94 ("إن القواعد المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بشأن إنهاء علاقة تعاقدية بسبب تغير الظروف (التي اعتُمدت دون اعتراض) يمكن اعتبارها من جوانب كثيرة تدوينا للقانون العرفي القائم المتعلق بهذا الموضوع"). وفي الحالات التي تشير فيها الأعمال التحضيرية إلى أن الحكم ذا الصلة قد لاقى معارضة شديدة أو تطلب ترضيات كثيرة، على سبيل المثال، فرما يشير ذلك إلى أنه لا يعكس قاعدة عرفية. انظر أيضاً: *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 38, para. 62، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحتان ١٣١ و ١٣٢ ("إذا كشفت المراحل التحضيرية عن أوجه عدم اتساق في ممارسة الدول، أو إذا رفضت الدول القاعدة التعاقدية (المعلنة للعرف) أو نقضتها، فإن ذلك سيقلل من قيمة القاعدة العرفية").

(٨٢) انظر: Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحات ٤٩-٥٢.

(٨٣) Fisheries Jurisdiction (*United Kingdom v. Iceland*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 23, para. 52 ("... بعد ذلك المؤتمر، تطور القانون من خلال ممارسة الدول على أساس المناقشات التي دارت في المؤتمر والاتفاقات التي كادت تتوصل إليها الأطراف المشاركة. وقد تبلور مفهومان كقانون عرفي في السنوات الأخيرة نتيجة للتوافق العام في الآراء الذي كشف عنه ذلك المؤتمر..."). انظر أيضاً: [القضية المتعلقة بالبحر القاري (تونس ضد الجماهيرية العربية الليبية)]، *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 38, para. 24 (الرأي المخالف للقاضي أودا) ("لكن من الممكن أنه، قبل أن يصبح مشروع معاهدة متعددة الأطراف نافذاً وملزماً للدول الأطراف وفقاً لحكمه الختامي، فإن بعض أحكامه قد تصبح قانوناً دولياً عرفياً من خلال الممارسة المتكررة للدول المعنية")؛ و *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*، Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 305 (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("يمكن مع ذلك للاتفاقيات التي لا تسعى إلى تدوين قواعد قائمة أن تشكل عناصر عرف دولي في طور النشوء")؛ و Sohn، الحاشية ٧٥ أعلاه، الصفحتان ٢٤٥ و ٢٤٦ ("من ثم، فإن المحكمة على استعداد للاهتمام ليس بالنص الذي يدون قانوناً عرفياً قائماً فحسب، بل أيضاً بالنص الذي يبلور "قاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي". ويكفي لهذا الغرض أن تُعتمد القاعدة المعنية في مؤتمر دولي بتوافق الآراء أو ... دون اعتراض ... فالقاعدة الجديدة تنشأ إذا لاقى قبولاً عاماً من جميع الدول المعنية ... وإذا تصرف وفقاً لها معظم الدول، بما في ذلك تقريباً جميع الدول التي لها اهتمام خاص بتطبيق القاعدة، فمن الواضح أن هناك افتراضاً بأن القاعدة المتفق عليها في المؤتمر، رغم أن الاتفاق لم تتم المصادقة عليه بعد، قد أصبحت قاعدة مقبولة من قواعد القانون الدولي العرفي")؛ و Cassese، الحاشية ٢٩ أعلاه، الصفحة ١٨٣ ("من السمات المثيرة للاهتمام للمرحلة الحالية من تطور المجتمع العالمي أن القانون الدولي العرفي يتطور على هامش المؤتمرات الدبلوماسية المخصصة لتدوين القانون الدولي وتطويرة تدريجياً")؛ و E. Jiménez de Aréchaga، *General Course in Public International Law*, 159 *Recueil des Cours* (1978), pp. 16-18 *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, with commentary: Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted at the

تعبير القاضي سورينسن، فإن "المعاهدة المزعوم أنها تضع قانونا جديدا يمكن أن تستند إلى قدر معين من ممارسات الدول والآراء الفقهية التي لم تتبلور بعد في شكل قانون عرفي. ويمكن أن تبدأ، ليس من نقطة الصفر، وإنما من قاعدة عرفية في طور النشوء"^(٨٤)؛ ويمكن بعد ذلك أن تعكس قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي كانت "لا تزال في طور النشوء في بداية عملية التدوين... ليتبلور بذلك عرف أولي [ليس من خلال صياغة المعاهدة في حد ذاتها، بل] بفضل ردود الفعل الصادرة عن الحكومات إزاء ما يجري من مفاوضات ومشاورات في أثناء ذلك"^(٨٥). ومن الأمثلة البارزة في هذا الشأن تطور مفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة خلال مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار (١٩٧٣-١٩٨٢)، وقبول الدول له باعتباره قانونا دوليا عرفيا حتى قبل اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار في عام ١٩٨٢ ودخولها حيز النفاذ في عام ١٩٩٤^(٨٦).

sixty-ninth Conference of the International Law Association, in London, on 29 July 2000 (hereinafter: *ILA London Statement of Principles*), p. 49) "إذا كانت ممارسة الدول تتطور بموازاة مع صياغة المعاهدة... فإن هذه الأخيرة يمكن أن تؤثر في الأولى (والعكس صحيح)، بحيث يؤدي ذلك بالفعل إلى ترسيخ القانون العرفي الناشئ وزيادة تعريفه. ونفس الشيء ينطبق على المرحلة النهائية، أي اعتماد الاتفاقية. فكلما استغرقت عملية الصياغة والتفاوض فترة أطول، كلما زادت إمكانية تبلور ممارسة الدول بهذه الطريقة"؛ و J.-M. Henckaerts, "Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, 87 (2005), pp. 175, 183 ("في الممارسة، تساعد صياغة القواعد التعاقدية على تركيز الرأي القانوني العالمي وتحدث أثرا لا يمكن إنكاره في السلوك اللاحق والاقتران القانوني للدول").

(٨٤) North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 243 (الرأي المخالف للقاضي سورينسن) (مضيفا، في الصفحة ٢٤٤، أن "الاتفاقية التي اعتمدت في إطار العملية الموحدة لتدوين القانون الدولي وتطويرة تدريجيا قد تشكل الدليل القاطع على نشوء قواعد جديدة للقانون الدولي تحظى بقبول عام. أما كونها لا تسعى ببساطة إلى إعلان القانون العرفي القائم، فهو أمر غير مهم في هذا السياق. ويمكن للاتفاقية أن تكون بمثابة دليل موثوق به بشأن ممارسة الدول في مواجهة المشاكل القانونية الجديدة ذات الصلة، وهكذا تصبح أحكامها النواة التي يمكن أن تتبلور حولها مجموعة جديدة من القواعد القانونية المعترف بها عموما").

(٨٥) Dinstein، الحاشية ٧٣ أعلاه، الصفحة ٣٥٨ (موضحا أن "السيناريو هو أنه، قبل انطلاق الجهود المبذولة لإبرام المعاهدة، يكون العرف قد تنامي، لكنه لم يبرز إلى الوجود بعد. وتسهم المفاوضات والمشاورات الجارية في تسريع وتيرة ممارسة الدول - وإذا كانت هذه الممارسة فاترة في الماضي، فإنها تتحرك الآن بسرعة - وفي تأمين الاعتقاد الجماعي بالإلزام. وتصوغ المعاهدة بعد ذلك العرف المتبلور في شكل قانون وضعي... وسر التبلور الناجح هو أنه يصبح حليا أثناء صياغة المعاهدة أن قانونا عرفيا نافذا جديدا قد تشكل").

(٨٦) Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, 13 at p. 33, para. 34 ("في رأي المحكمة أنه لا [خلاف على أن]... مؤسسة المنطقة الاقتصادية الخالصة، وقاعدة ملكيتها على أساس المسافة، قد ظهر من ممارسة الدول أنها أصبحت جزءا من القانون العرفي"). وفيما يتعلق بتطور

٣٩ - ثالثاً، في حين أن "من مبادئ القانون الدولي أن الأطراف في معاهدة متعددة الأطراف، بغض النظر عن عددها أو أهميتها، لا يمكنها أن تمس بالحقوق القانونية للدول الأخرى"^(٨٧)، فقد توفر المعاهدات أيضاً الأساس اللازم لوضع قواعد جديدة للقانون الدولي العرفي^(٨٨). وكما لاحظت محكمة العدل الدولية، فإن العملية التي تمر بموجبها قاعدة تعاهدية في الأصل لتصبح قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي "تندرج بالتأكيد في حقل الممكن وهي تحدث فعلاً من حين لآخر: بل هي من بين الطرق المعترف بها لنشأة قواعد جديدة من قواعد القانون العرفي الدولي"^(٨٩). وهذه "الآلية التوسعية"^(٩٠)، التي يمكن بموجبها توسيع

مفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة، انظر على سبيل المثال، Y. Tanaka, *the International Law of the Sea*, (Cambridge University Press, 2012), at pp. 124-5.

(٨٧) [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن المركز الدولي لأفريقيا الجنوبية الغربية - *International status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 128, at p. 165* (الرأي المستقل للقاضي ريد). انظر أيضاً: *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, at p. 90* (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو) ("إن وجود اتجاه أغلبية، بل وحتى قبوله في إطار اتفاقية دولية، لا يعني أن الاتفاقية قد أدت إلى بلورة أو تقنين القاعدة باعتبارها قاعدة عرفية")؛ واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المادة ٣٤.

(٨٨) المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ معنونة 'القواعد الواردة في المعاهدة والتي تصبح ملزمة لدول ثالثة عن طريق العرف الدولي' (ونصها كالاتي: "ليس في المواد من ٣٤ إلى ٣٧ [المتصلة بالمعاهدات والدول الثالثة] ما يمنع أي قاعدة وردت في معاهدة من أن تصبح ملزمة لدولة ثالثة بوصفها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترفاً بها بهذه الصفة"). ونص المادة ٣٨ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٦ مشابه ببعض الشيء: "ليس في المواد من ٣٤ إلى ٣٧ ما يمنع أية قاعدة وردت في معاهدة من أن تصبح ملزمة لدولة ثالثة أو لمنظمة ثالثة بوصفها قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي معترفاً بها بهذه الصفة". وفيما يتعلق بالمادة ٣٨ من اتفاقيتي فيينا، انظر: G. Gaja, "Article 38" in O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2011), at pp. 949-960.

(٨٩) (٨٩) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 41, para. 71*؛ انظر أيضاً الصفحة ٩٦ (الرأي المستقل للقاضي باديا نيرفو) ("المعاهدة لا تنشئ حقوقاً أو التزامات لدولة ثالثة دون رضاها، ولكن القواعد المنصوص عليها في المعاهدة قد تصبح ملزمة لدولة غير متعاقدة بوصفها قواعد عرفية للقانون الدولي")؛ والصفحة ٢٢٥ (الرأي المخالف للقاضي لاكس) ("من المسلم به عموماً أن أحكام الصكوك الدولية قد تصبح في حكم القواعد العامة للقانون الدولي. وحتى المعاهدات غير المصادق عليها قد تشكل نقطة انطلاق لممارسة قانونية. والمعاهدات الملزمة للعديد من الدول هي، بالأحرى، قادرة على إحداث هذا الأثر، وهي ظاهرة غير معروفة في العلاقات الدولية")؛ والصفحة ٢٤١ (الرأي المخالف للقاضي سورينسن) ("من المسلم به عموماً أن القواعد المنصوص عليها في معاهدة أو اتفاقية ما قد تصبح ملزمة لدولة غير متعاقدة بوصفها قواعد عرفية للقانون الدولي أو قواعد قبلت عموماً، بشكل آخر، بوصفها قواعد دولية ملزمة قانوناً"). وانظر أيضاً: المحكمة الخاصة للبنان، القضية STL-11-01/I، قرار تمهيدي بشأن القانون الواجب التطبيق: الإرهاب والاتفاق الجنائي والقتل وارتكاب الفعل وضم التهم (دائرة الاستئناف)، ١٦ شباط/فبراير ٢٠١١، الفقرات ١٠٧-١٠٩؛ و *Prosecutor v. Delalić, Case No.*

IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, paras. 301-306 (لاحظ أن "هذا التطور [الذي يصبح بموجبه حكم من أحكام معاهدة ما جزءا من القانون الدولي العرفي] يوضح الطابع المتطور للقانون الدولي العرفي، وهو مكمّن قوته")؛ و *Prosecutor v. Kallon* (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber), Cases Nos. SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 98 ("... تتفاعل هاتان المجموعتان من القواعد فيما بينهما بشكل أصبحت معه بعض القواعد التعاهدية تدريجيا جزءا من القانون العرفي")؛ و *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion*, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, para. 135 ("تلاحظ الدائرة أن النهج التحوطي قد أدرج في عدد متزايد من المعاهدات الدولية وغيرها من الصكوك، التي يعكس العديد منها صياغة المبدأ ١٥ من إعلان ريو. وترى الدائرة أن ذلك قد بدأ توجهها نحو جعل هذا النهج جزءا من القانون الدولي العرفي")؛ و *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 10 December 1998, paras. 138, 168 ("إن كون هذه الأحكام التعاهدية [التي تحظر التعذيب] قد نضجت لتتحول إلى قواعد عرفية أمر محكوم بعوامل عدة. أولا، هذه المعاهدات... صادقت عليها جميع دول العالم تقريبا... والمشاركة شبه العالمية في هذه المعاهدات تظهر أن جميع الدول تقبل، في جملة أمور، حظر التعذيب... ثانيا، لم يسبق لأي دولة أن ادعت أنه مسموح لها بممارسة التعذيب في أوقات النزاع المسلح، ولم تبد أي دولة أو تعرب عن معارضتها لتنفيذ الأحكام التعاهدية المناهضة للتعذيب... ثالثا، أكدت محكمة العدل الدولية رسميا، وإن لم يكن بإشارة صريحة إلى التعذيب، هذه العملية المنشئة للعرف")؛ و *Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), para. 104 ("يمكن اعتبار أن قواعد معاهدة ما تبلور مبادئ أو قواعد جديدة للقانون العرفي. ومن الممكن أيضا أن تنشأ قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي، حتى على مدى فترة قصيرة من الزمن، على أساس ما كان في الأصل قاعدة تعاهدية محضة، شريطة توافر العناصر اللازمة لإنشاء العرف")؛ و *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005), para. 144 ("لا يوجد في القانون الدولي أدنى عائق أمام إعراب الدول عن إرادتها عن طريق المعاهدات التي هي، في الوقت ذاته، إعراب عن الممارسة والاعتقاد بالإلزام الضروريين لنشوء قاعدة من القواعد العرفية إذا استوفيت الشروط اللازمة لذلك")؛ و *van Anraat v. The Netherlands*, Application No. 65389/09, Decision on Admissibility (European Court of Human Rights), 6 July 2010, para. 88 ("كما شرحت ذلك محكمة العدل الدولية... من الممكن لحكم تعاهدي أن يصبح قانونا دوليا عرفيا. ومن أجل ذلك، لا بد أن يتسم الحكم المعني، في جميع الحالات الممكنة، بطابع شارع في جوهره بحيث يمكن اعتباره يشكل الأساس لقاعدة قانونية عامة؛ ولا بد أن يقتصر بممارسة مستقرة للدول؛ وأن تكون هناك أدلة على وجود اعتقاد بأن هذه الممارسة غدت إلزامية بحكم وجود قاعدة قانونية تقتضيها (الاعتقاد بالإنزامية الممارسة وضرورتها). وانظر، من ناحية أخرى: Barboza، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ١٢ ("غير أننا نرى أنه سيكون من شبه المستحيل أن ينبثق العرف مباشرة من نص ما. ومهما كان مجال قانوني معين جديدا، فلا بد أن تكون قد سبقته بعض الأنشطة، ومن المؤكد أن تلك الأنشطة قد نشأت عنها ممارسات تبلورت بحكم الضرورة ومبادئ طبقت على سبيل القياس. وما لم يكن هناك أي نشاط، فإنه لا يمكن تصور أن تتناول معاهدة ما موضوعا ما...").

نطاق تطبيق القواعد المنصوص عليها في أحكام المعاهدات ليشمل الدول غير الأطراف، ”لا ينبغي اعتبار أنها تحققت بكل بساطة“^(٩١). فهي تتطلب، أولا، ”أن يتسم الحكم المعني... بطابع شارع في جوهره بحيث يمكن اعتباره يشكل الأساس لقاعدة قانونية عامة“^(٩٢). وعلى سبيل المثال، ليس من المرجح أن تشمل هذه الأحكام تلك التي تعطي

(٩٠) Barboza، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٤ (في معرض الإشارة إلى ”المجموعة [القانونية] الرائدة“ من تلك الدول التي تؤدي، في صياغة اتفاقية ما، ”دورا رائدا في العملية التشريعية“ والتي يعطي ”وزنها في العلاقات الدولية [عادة بحكم مشاركة بعض القوى العالمية ومعظم الدول المتأثرة بشكل خاص بموضوع الاتفاقية ذي الصلة] قوة كبيرة للدعوة الموجهة من [تلك] المجموعة للانضمام إلى الاتفاقية“).

(٩١) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 41, para. 71*. انظر أيضا: *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para. 111 (”غالبا ما يكون من الصعب في الممارسة الدولية إثبات في أي مرحلة تصبح فيها الالتزامات المقبولة في المعاهدات، الثنائية أو المتعددة الأطراف، عاملا محددًا لمضمون قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي تكون ملزمة للدول غير الأطراف في تلك المعاهدات“)؛ و S.M. Schwebel, “The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98 (2004), pp. 27, 29 (”إن العملية التي يمكن من خلالها لأحكام معاهدات ملزمة فقط للأطراف في تلك المعاهدات أن تنسرب إلى القواعد العامة للقانون الدولي، لتصبح بذلك ملزمة للمجتمع الدولي برمتها هي عملية غامضة ومحيرة“)؛ و P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 77 (1983), pp. 413, 433-438.

(٩٢) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 41-42, para. 72*. انظر أيضا: P.-H. Verdier, E. Voeten, “Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory”, *American Journal of International Law*, 108 (2014), pp. 389, 426 (مشيرا إلى أن معيار ”الطابع المنشئ للقواعد“ يبدو أنه يتطلب أن تصاغ القاعدة صياغة عامة، بحيث يمكن أن تكون ملزمة للجميع“)؛ و Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ٨٤ (”يجب أن تكون من النوع الذي يمكنها من أن تكون قاعدة عامة“)؛ و C. Brölmann, “Law-Making Treaties: Form and Function in International Law”, *Nordic Journal of International Law*, 74 (2005), 383, 384 (في إشارة إلى أن ”وضع القواعد أساسا“ مهمة جسيمة لا يمكن إنجازها إلا عن طريق المعاهدات المتعددة الأطراف“)؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحتان ١٧٧ و ١٧٩ (”يمكن تعريف القواعد العامة على أنها تسعى إلى أن تنظم في المستقبل مواضيع يحتمل أن تكون غير محدودة وذات طابع عام، وليس مواضيع فردية... ومن المعايير الأخرى... أن القواعد التعاهدية ”الشارعة“ لها أيضا طبيعة مجردة، أي أنها يحتمل أن تنظم عددا غير محدد من الحالات، ولا تتعلق بحالة بعينها“). وانظر، من ناحية أخرى: R. Kolb, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), pp. 119, 147-148 (”قدمت تفسيرات مختلفة لتلك الجملة، منها على سبيل المثال أن المحكمة تقصد القواعد القادرة على إلزام الدول بصفة عامة، أو كون حكم ما لا يتضمن الكثير من الاستثناءات التي تؤدي إلى إضعاف مضمونه الشارع. وفي أي حال من الأحوال، فإن معيار ”المنشئ للقانون أساسا“ لا يبدو مقنعا تماما. فهو يستند إلى شكل من أشكال المنطق المعكوس. فليس كون قاعدة ما شارعة أساسا هو ما يمنحها إمكانية أن تصبح عرفية؛ بل إن كونها قد تصبح عرفية من خلال ممارسات الدول هو ما يمكن من وصفها، إن شئنا، على أنها منشئة للقانون أساسا. غير أن المعيار يصبح في هذه الحالة غير ضروري. فقد يعني الأمر فقط أنه عند تفسير حكم ما بهدف إثبات طابعه العرفي، قد يكون من

دورا للمؤسسات المنشأة بموجب المعاهدة^(٩٣). ومن المطلوب أيضا أن "تكون ممارسة الدول، بما فيها الدول التي تتأثر مصالحها بصفة خاصة، ممارسة واسعة وشبه موحدة في آن واحد بمفهوم الحكم المحتج به؛ وينبغي علاوة على ذلك أن تكون تلك الممارسة قد جرت بطريقة تُظهر إقرارا عاما بأن الأمر ينطوي على قاعدة قانونية أو التزام قانوني"^(٩٤).

المعقول افتراض أن قاعدة ضيقة أو محددة بشكل مفرط لا يمكن بسهولة اعتبارها قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي. هذا كل ما في الأمر. وحتى قاعدة محددة للغاية (كتحديد حد زمني بالأرقام، على سبيل المثال) قد تصبح عرفية إذا اعتمدها الدول في ممارستها. ولذلك، فإن ما يهم هنا هو الممارسة الفعلية للدول وصولا إلى اعتقادها بالإلزام، وليس أي صفة متصلة في القاعدة المعنية. وعلاوة على ذلك، يمكن للمرء أن يضيف أن كل قاعدة، بطبيعتها، هي إلى حد ما "منشئة للقانون"، أي أنها شائعة أو قابلة للتعميم. فالمسألة مسألة درجة، ومن ثم فهي خاضعة للتفسير الذي يقتضيه السياق^(٩٥)؛ و *ILA London Statement of Principles*, pp. 52-53، Baxter، الحاشية ٧٣ أعلاه، الصفحة ٦٢.

(٩٣) في قضية نيكاراغوا ضد كولومبيا، خلصت المحكمة الدولية إلى أن الفقرة ١ من المادة ٧٦ من اتفاقية قانون البحار (الحدود الخارجية للجرف القاري) تعكس القانون الدولي العرفي، ولكنها لم تتناول الفقرات اللاحقة. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 666, para. 118* (٦٢٤ at p. 666, para. 118) ("تعتبر المحكمة أن تعريف الجرف القاري الوارد في الفقرة ١ من المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار يُشكّل جزءا من القانون الدولي العرفي. وفي هذه المرحلة ... ليست بحاجة لأن تقرر ما إذا كانت أحكام أخرى من المادة ٧٦ من اتفاقية قانون البحار تشكل جزءا من القانون الدولي العرفي").

(٩٤) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 74*. انظر أيضا: B. Cheng, "Custom: The Future of General State Practice In a Divided World", in R. St. John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), at pp. 513, 533 ("في كل حالة، مسألة ما إذا كان هذا التحول [للقاعدة تعاهدية لتصبح قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي] قد حدث أم لا هي مسألة وقائية يتعين إثباتها بالدليل الملموس، كما هو الحال في المحاولات الرامية إلى التأكد من وجود أي قاعدة من القواعد العامة للقانون الدولي")؛ و G.L. Scott, C.L. Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), pp. 71, 82 ("لا يمكن عموما للمعاهدات المتعددة الأطراف بنفسها أن تنشئ قانونا دوليا عرفيا "فوراً" لجميع الدول في النظام الدولي، بل يجب عليها أن تنتظر ردود الفعل اللاحقة لهذه الدول"). وقالت المحكمة الدولية أيضا إنه في حال تسجيل "مشاركة واسعة وتمثيلية في الاتفاقية ... شريطة أن تشمل مشاركة الدول المتأثرة مصالحها بوجه خاص"، فإن ذلك قد يكفي في حد ذاته لتحويل قاعدة تعاهدية إلى قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي (الفقرة ٧٣). وبعبارة أخرى، قد تؤدي معاهدة متعددة الأطراف، في ظروف معينة، "بفعل أثرها" (الفقرة ٧١)، إلى نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. غير أنه كما ورد في الكتابات الأخيرة، فإن "المحكمة حرصت على ألا تجزم بما إذا كانت هذه الطريقة ممكنة أصلا ... وعلى أي حال، فإن المشاركة الواسعة في اتفاقية تدوين لم يكن أبدا، في اجتهد المحكمة، كاف في حد ذاته لتأكيد قاعدة عرفية ما" (Tomka، الحاشية ٢٦، الصفحة ٢٠٧). انظر أيضا: *ILA London Statement of Principles*, at 52, 54 ("تجدر الإشارة إلى أن المحكمة لم تقم لا بسوق أمثلة ولا بتقديم تفاصيل وافية عن هذه النقطة. ولذلك ربما لا ينبغي التشديد أكثر من اللازم على الكلمات القليلة الصادرة عنها. وبالتأكيد، فعادة ما تتضمن الاتفاقية دليلا على أكثر من مجرد النية التعاقدية ... ويستنتج من التحليل السابق أن أي معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف لا يمكنها لوحدها أن تنشئ قانونا

٤٠ - ويمكن سوق العديد من الأمثلة عن الطرق التي تعبر بها أحكام المعاهدات، وبخاصة ما يسمى بالمعاهدات "الشارعة"، عن قواعد القانون الدولي العرفي أو تصبح بمثابة تعبير عنها. وقانون البحار مجال غني جدا في هذا الصدد، بدءا من تأثير اتفاقية الجرف القاري لعام ١٩٥٨ في قبول هذا المفهوم في القانون الدولي العرفي إلى نشوء مفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة^(٩٥). وبالمثل، فإن العديد من أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات كانت بالفعل تعبيراً عن القانون الدولي العرفي أو بات ينظر إليها منذئذ على أنها كذلك^(٩٦). ومن أهم القواعد التي تتضمنها اتفاقية فيينا تلك المتعلقة بتفسير المعاهدات، وقد خلصت محاكم وهيئات قضائية دولية ومحلية، مرارا وتكرارا، إلى أنها تعبير عن القانون الدولي العرفي، وطبقت تبعا لذلك على معاهدات أبرمت منذ زمن طويل^(٩٧). وحصانة الدول مجال آخر من المجالات التي أصبح فيها للاتفاقيات المتعددة الأطراف دور محوري في تحديد قواعد

عرفيا عاما على الفور "بفعل أثرها"، ويبدو أنه من غير المرجح أن تؤدي حتى سلسلة من هذه المعاهدات إلى إحداث هذا الأثر، إلا في الحالات النادرة (على أقصى تقدير)؛^(٩٨) و Schachter، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحات ٧٢٤-٧٢٦؛ و Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحات ٨٦-٩١. وانظر، من ناحية أخرى: *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at pp. 52-53 (الرأي المخالف للقاضي ألباريس)؛ و *Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E)، و *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Special Court of Sierra Leone Appeals Chamber)*, 31 May 2004, paras. 18-20, 50.

T. Treves, "Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer", 223 *Recueil* (٩٥)
J.A. Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", *Ocean des cours* (1990), pp. 9-302
Development and International Law, 45 (2014), pp. 239-259

(٩٦) انظر الفرع المتعلق بـ 'المركز العرفي' فيما يتعلق بكل مادة من مواد اتفاقية فيينا في: O. Corten, P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2011). وانظر أيضا: I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition (Manchester: University Press, 1984), at pp. 5-28

(٩٧) [القضية المتعلقة بجزيرة كاسيكيلي/سيدودو (بوتسوانا ضد ناميبيا)] *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 1045, at p. 1059, para. 18. فيينا على تفسير معاهدة أبرمت في عام ١٨٩٠). ولخصت محكمة التحكيم الاجتهادات القضائية بشكل جيد في [قضية السكة الحديدية آيرن راين (بلجيكا ضد هولندا)]: *Iron Rhine (IJzeren Rijn) (Belgium/Netherlands) case*, Award of 24 May 2005, para. 45 (Permanent Court of Arbitration, Award Series (T.M.C. Asser Press, 2007). انظر أيضا الفقرة ١ من مشروع الاستنتاج ١ من مشاريع الاستنتاجات المتعلقة بالاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات (والفقرات ٤ إلى ٦ من الشرح)، التي اعتمدها اللجنة بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٣: تقرير اللجنة لعام ٢٠١٣ (A/68/10)، الفقرة ٣٩.

القانون الدولي العرفي^(٩٨)، على الرغم من أن محاكم شتى خلصت في بعض الحالات إلى استنتاجات مختلفة^(٩٩).

٤١ - ومن المرجح أن الدافع وراء ممارسة الأطراف في معاهدة ما (فيما بينها) يتمثل أساسا في الالتزام الناشئ عن المعاهدة، ومن ثم تقل فائدة هذه الممارسة عموما في تأكيد وجود أو تطور قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(١٠٠). وعادة ما تقتصر الممارسة على ذلك،

(٩٨) انظر أيضا: R. O'Keefe, C.J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary* (Oxford University Press, 2013), at p. xli (”لا شك أن عملية إعداد الاتفاقية قد كشفت، بل وبلورت، من خلال مشاركة الدول عن كتب، مضمون القانون الدولي العرفي لحصانة الدول. وهذا لا يعني أن كل حكم من الأحكام الموضوعية هو بالكامل متفق بالضرورة مع العرف ... وقد اعتبرت محاكم دولية ووطنية الاتفاقية دليلا مقنعا على القواعد العرفية الراهنة ...“). وانظر، على وجه الخصوص: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, *passim* and especially at p. 123, para. 55 (”يمكن إيجاد ممارسات الدول التي تكتسي أهمية خاصة في ... البيانات التي قدمتها الدول في بادئ الأمر في سياق الدراسة المستفيضة التي أجرتها لجنة القانون الدولي للموضوع، ثم في سياق اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة“).

(٩٩) في الحكم الصادر في ٥ شباط/فبراير ٢٠١٥ في [قضية بنخبوش وأنور ضد سفارة جمهورية السودان] 33 EWCA Civ [2015] *Benkharbouche and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan*، حيث نظرت محكمة الاستئناف بإنكلترا وويلز في ما إذا كانت المادة ١١ (”عقود العمل“) من اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤ تعبر عن القانون الدولي العرفي: قالت المحكمة، أثناء النظر في القضية، (الفقرة ٣٦): ”من ... الضروري دراسة كل حكم من الأحكام بعناية من أجل التثبت مما إذا كان يستوفي الشروط الصارمة المطلوبة لاعتباره قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“؛ وبعد النظر في الأحكام والتشريعات الصادرة عن ولايات قضائية أخرى، خلصت المحكمة (الفقرة ٤٦) إلى ”استحالة أن تستنتج وجود أي قاعدة من قواعد القانون الدولي تقتضي منح الحصانة بحكم عقد العمل كما يطالب بذلك موظفو الخدمات في بعثة ما في غياب بعض المقومات الخاصة ...“. وأثناء النظر في نطاق استثناء ’الضرر الإقليمي‘ في إطار المادة ١٢ (”الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات“) من اتفاقية عام ٢٠٠٤، اضطرت المحكمة الدولية للاكتفاء بالأراء المختلفة للمحاكم الوطنية (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99, (at pp. 129-135, paras. 62-79).

(١٠٠) انظر، على سبيل المثال: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 43, para. 76* (”كان أكثر من نصف الدول المعنية، سواء فرادى أو جماعات، أطرافا في اتفاقية جنيف أو أصبح طرفا فيها بعد ذلك بوقت قصير، ولذا يفترض فيما يخصها أنها تتصرف فعلا أو احتمالا في إطار تطبيق الاتفاقية. ولا يمكن شرعيا أن نخلص من خلال تصرفها إلى أي استنتاج بشأن وجود قاعدة في القانون الدولي العرفي“)؛ و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of August 27th, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 199 (”... هناك صعوبات واضحة في استخراج مثقال ذرة من ’الممارسة‘ المذكورة بشأن هذه المسائل من سلوك تلك الدول القليلة التي ليست أطرافا في الميثاق؛ أما سلوك كل ما تبقى منها والاعتقاد بالإلزام الذي قد تدل عليه خلاف ذلك، فيفسر

وتكون في بعض الأحيان وسيلة لتفسير المعاهدة بموجب القواعد المنصوص عليها في المادة ٣١ (٣) (ب) أو المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (وهي مسألة قيد نظر اللجنة في إطار موضوع "الاتفاقات اللاحقة والممارسة اللاحقة فيما يتعلق بتفسير المعاهدات"). وكما أشار إلى ذلك باكستر، قد تُطرح صعوبة خاصة في التأكد من نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي عندما تستقطب المعاهدة مشاركة شبه عالمية^(١٠١). ولا تُطرح هذه المشكلة فيما يتعلق بسلوك الدول غير الأطراف، وسلوك الأطراف إزاء غير الأطراف، ومن الواضح أن ذلك قد يشكل ممارسة لأغراض تحديد قاعدة من القواعد الواردة في المعاهدة على أن لها قوة عرفية أيضا^(١٠٢). وفي جميع الأحوال، وكما قال كروفورد مؤخرا، فإن "ممارسة الدول تقتضي صحة مفارقة باكستر، أي أن المشاركة في المعاهدة ليست كافية. فالعرف يتعدى المعاهدة، بل يتعدى حتى المعاهدة المقبولة عموما ... [بيد أن]

بالتأكيد بحكم كونها ملزمة بالميثاق ذاته")؛ و [قضية المسائل المتصلة بالالتزام بالحاكمة أو التسليم (بلجيكا ضد السنغال)]، *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 479, para. 37 (الرأي المستقل للقاضي أبراهام)؛ وانظر، على سبيل المقارنة: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at pp. 96-97, para. 181 (عبر الميثاق في هذا المجال عن مبادئ موجودة بالفعل في القانون الدولي العرفي، وتطور القانون خلال العقود الأربعة اللاحقة بفعل تأثير الميثاق، إلى حد أن عددا من القواعد التي يتضمنها الميثاق قد اكتسب وضعاً مستقلاً عنه").

(١٠١) Baxter، الحاشية ٧٣ أعلاه، الصفحة ٦٤ ("يصبح إثبات وجود نمط ثابت لسلوك الدول غير الأطراف أصعب مع ازدياد عدد الدول الأطراف في الصك. وقد يصبح عدد المشاركين في عملية وضع القانون العرفي صغيرا إلى درجة يصبح معها الدليل على ممارستهم ضعيفا إلى منعدم. ومن ثم المفارقة المتمثلة في أنه كلما زاد عدد الأطراف في معاهدة ما، كلما زادت صعوبة إثبات حالة القانون الدولي العرفي خارج نطاق المعاهدة"). انظر أيضا: *Prosecutor v. Delalić*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 302 ("قد يكون من الصعب للغاية، في بعض الحالات، التأكد مما يثبت وجود هذا القانون العرفي - أي ممارسة الدول والاعتقاد بالالتزام - لا سيما عند وجود معاهدة متعددة الأطراف سبق إبرامها واعتمدها الأغلبية الساحقة من الدول. ويصبح إثبات ممارسة الدول خارج نطاق المعاهدة، بما يثبت وجود قواعد عرفية مستقلة أو دخول القواعد التعاهدية مجال العرف، أبعد فأبعد منالا، لأنه قد يبدو أن ممارسة غير الأطراف في المعاهدة هي فقط ما يمكن اعتباره ذا صلة").

(١٠٢) انظر أيضا: Henckaerts and Doswald-Beck، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ١ ("تتبع هذه الدراسة النهج الحذر المتمثل في كون التصديق الواسع النطاق ما هو إلا إشارة يتعين أن تقيّم في علاقتها بعناصر الممارسة الأخرى، ولا سيما ممارسة الدول غير الأطراف في المعاهدة المعنية. وقد اعتُبرت الممارسات المتسقة للدول غير الأطراف على أنها دليل إيجابي مهم. غير أن الممارسات المناقضة للدول غير الأطراف اعتُبرت على أنها دليل سلبي مهم. وممارسة الدول الأطراف إزاء الدول غير الأطراف لها أهمية خاصة أيضا").

التعایش بین العرف والمعاهدة یوحي بأن مفارقة باکستر لیست فی الواقع مفارقة حقیقیة“^(١٠٣).

٤٢ - وكما ورد فی التقرير الثاني^(١٠٤)، رغم أن تكرار الأحكام المتماثلة أو المتطابقة فی عدد كبير من المعاهدات الثنائية قد يؤدي إلى نشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو يشهد علی وجودها^(١٠٥)، فإنه لا یفعل ذلك بالضرورة. وفي هذا المقام أيضا، ينبغي تحلیل الحكم (والمعاهدة التي يُدرج فیها) فی سیاقهما وفي ضوء الظروف المحیطة باعتمادهما. ویصح هذا الأمر كثيرا لأن “تعددية ... المعاهدات ... هي بمثابة سلاح ذي حدين“^(١٠٦): “فتطابق عدد من المعاهدات، مهما كان كبيرا، لا يشكل فی حد ذاته دلیلا كافیا ولا حتی قرينة كافية یتبأن أن المجتمع الدولي فی عمومہ یعتبر مثل هذه المعاهدات من أدلة القانون العرفي العام. بل علی العکس، ثمة ما یكفی من الحالات التي یدو فیها أن مثل تلك المعاهدات تشكل دلیلا علی استثناءات من القواعد العامة“^(١٠٧).

(١٠٣) J. Crawford, 365 *Recueil des cours* (2013), 107, 110. انظر أيضا: Kolb، الحاشية ٩٢ أعلاه، الصفحتان ١٤٥ و ١٤٦ (مشیرا إلى أن المفارقة لا تكون حقیقیة إلا إذا وردت فی حالات مجردة، ذلك أنه “فی الحالات المموسة، عادة ما تبدها خصوصیات السیاق“؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ١٥٥.

(١٠٤) A/CN.4/672، الفقرة ٧٦ (و).

(١٠٥) انظر أيضا: Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ٥٩ (“قد تؤدي سلسلة من المعاهدات الثنائية أبرمتها علی مدى فترة من الزمن دول مختلفة، اعتمدت علی نحو متسق نفس الحل لنفس المشكلة المتمثلة فی العلاقات بینها، إلى نشوء قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي“؛ و [قرار التحكيم فی قضية شركة Mondev International Ltd ضد الولايات المتحدة الأمريكية] *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para. 125 (“... القانون الدولي الحالي، الذي تحدد شكله من خلال إبرام أكثر من ألفي معاهدة استثمار ثنائية والعديد من معاهدات الصداقة والتجارة“).

(١٠٦) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 306 (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(١٠٧) Wolfke، الحاشية ٦٤ أعلاه، الصفحة ٣٥. انظر أيضا: Ahmadou Sadio Diallo, (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 582, at p. 615 (“إن المعطى الواقعي الذي اعتدت به غینیا والذي مفاده أن اتفاقات دولية شتی، مثل الاتفاقات المعنية بتعزيز الاستثمارات الأجنبية وحمايتها واتفاقية واشنطن، قد أنشأت نظاما قانونية خاصة تنظم حماية الاستثمار، أو أن الأحكام المتعلقة بالموضوع عادة ما تُدرج مباشرة فی العقود المبرمة بین الدول والمستثمرين الأجانب، ليس بكاف لإثبات تغییر یكون قد طرأ علی القواعد العرفية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية؛ بل إن هذا المعطى قد یتثبت العکس تماما.“؛ و *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at pp. 317-318 (الرأي المخالف لنائب الرئيس شویل) (“فلماذا تعقد هذه المعاهدات [المتعددة] إذا كان جوهرها قانونا دوليا بالفعل...؟“؛ و Schachter، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحة ٧٣٢ (“لا تعتبر الدول عموما هذه المعاهدات الموحدة علی أنها إثبات للقانون العرفي لأن

٤٣ - وكما اقترح أيضا في التقرير الثاني^(١٠٨)، قد يكون من المناسب أيضا، للتثبت من وجود الاعتقاد بالإلزام فيما يتعلق بالأحكام ذات الصلة، التأكد مما إذا كانت الدول المعنية قد وقعت المعاهدة و/أو صدقت عليها فعلا^(١٠٩) ومعرفة مدى قدرة الأطراف على إبداء

الاتفاقات الثنائية هي، في معظم الحالات، ترتيبات تبادلية متفاوض عليها“؛ و Danilenko، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ١٤٣؛ و Kopelmanas، “Custom as a Means of the Creation of International Law”، ILA London Statement of Principles، و British Yearbook of International Law، 18 (1937)، pp. 127, 137 pp. 47-48 (“ليس ثمة من قرينة تفيد بأن تواتر إدراج أحكام مماثلة في المعاهدات ينشئ قاعدة عرفية جديدة بالمضمون نفسه“؛ و W.W. Bishop، 147 Recueil des cours (1965)، pp. 147, 229-230.

(١٠٨) A/CN.4/672، الفقرة ٧٦ (و).

(١٠٩) انظر أيضا: Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 38 (“ليس بإمكان [الحكمة] أن تتجاهل أي حكم من أحكام مشروع الاتفاقية إذا ما خلصت إلى القول بأن مضمون هذا الحكم ملزم لجميع أعضاء المجتمع الدولي لأنه يجسد أو يبلور قاعدة سابقة أو ناشئة من قواعد القانون العرفي“؛ و [قضية اللجوء الكولومبية - البيروفية]، Colombian-Peruvian asylum case، Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 277 (“بين العدد المحدود من الدول التي صدقت على هذه الاتفاقية ضعف هذه الحجة [التي تفيد بأن الاتفاقية المعنية ما هي إلا تدوين لمبادئ مسلم بها بموجب العرف]...“؛ و “Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available”، Report of the International Law Commission on its Second Session (A/CN.4/34)، Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, 368 (“حتى الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي وقعت لكنها لم تدخل حيز النفاذ غالبا ما تعتبر ذات قيمة في إثبات القانون الدولي العرفي“؛ و Sinclair، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحة ٢٢٧ (“يجسن القول إن من الجائز جدا أن يُنظر حتى إلى اتفاقيات التدوين التي يقل التصديق عليها، بشكل عام، على أنها تتيح بعض الأدلة التي تثبت الاعتقاد بالإلزام بشأن الموضوع المعني. فجوذة الأدلة تتوقف على مصدر الحكم المعين الذي قد يكون محل النظر. ومتى ثبت في الأعمال التحضيرية لمؤتمر تدوين بعينه أن حكما معيناً قد اعتمد في مؤتمر التدوين بانقسام شديد للأصوات وأن الخلاف الناتج عن ذلك قد أفضى إلى رفض عدد من الدول المشاركة في الاتفاقية، فمن الواضح أن ثمة حجة قوية تؤيد نقص قيمة ذلك الحكم في سياق جهود التدوين اللاحقة“؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ١٦٥ (“لا تترتب دوما على الصكوك غير المصدق عليها آثار سلبية [على القاعدة المعنية من قواعد القانون الدولي العرفي]، كما أن الاتفاقية لا يمكنها أن تنشئ قانونا عرفيا على الفور“؛ و North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.3, at p. 226 (الرأي المخالف للقاضي لاكس) (“التأخر في التصديق على المعاهدات المتعددة الأطراف وفي الانضمام إليها ظاهرة معروفة جيدا في الممارسة التعاهدية المعاصرة ... ولا يمكن اعتبار عدد حالات التصديق والانضمام، في حد ذاته، دليلا قاطعا فيما يتعلق بالقبول العام لصك معين“؛ و G.E. Do Nascimento E Silva، “Treaties as Evidence of Customary International Law”، in International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Robert Ago (Dott. A. Giuffrè Editore, 1987)، at pp. 387, 397 (“نكتسب اتفاقية غير مصادق عليها حجية من حيث القواعد العامة للقانون الدولي إذا اعتمدت بأغلبية كبيرة وصادق عليها عدد كبير وتمثيلي من الدول. وفي المقابل، ستفقد هذه الاتفاقية قوتها إذا مرت فترة طويلة من الزمن ولم يصادق عليها أو ينضم إليها إلا عدد قليل من الدول. وتزداد أيضا أهمية الاتفاقيات غير المصادق عليها إذا تعززت لاحقا بممارسة دولية، ولا سيما إذا أخذت محكمة العدل الدولية في الاعتبار الممارسة القائمة على أحكام تلك الاتفاقيات“؛ و Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه،

التحفظات على أحكام المعاهدة^(١١). ومرة أخرى، يجب التمييز في الظروف الخاصة المحيطة باعتماد نص المعاهدة، إلى جانب الممارسة المتعلقة بمضمونه.

٤٤ - ويُقترح إدراج مشروع الاستنتاج التالي (في جزء جديد، هو الجزء الخامس، يحمل عنوان "أشكال معينة من الممارسة والأدلة"):

مشروع الاستنتاج ١٢

المعاهدات

يجوز أن تعكس أحكام معاهدة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو أن تعكسها بعد وقت، إذا ثبت أن الأحكام المذكورة:

(أ) كانت، عند إبرام المعاهدة، تدويناً لقاعدة موجودة بالفعل من قواعد القانون الدولي العرفي؛ أو

(ب) أدت إلى تبلور قاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي العرفي؛ أو

(ج) تمخضت عن قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي، بأن أفضت إلى ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون.

باء - القرارات التي تتخذها منظمات دولية والقرارات التي تُعتمد في مؤتمرات دولية

٤٥ - من المقبول عموماً أن القرارات التي تعتمدها الدول في إطار المنظمات الدولية وفي المؤتمرات الدولية يمكن، في ظروف معينة، أن تؤدي دوراً في نشأة القانون الدولي العرفي وتحديثه. ومن بين النصوص التي يُشار إليها في سياق الممارسة لأغراض تحديد قواعد القانون الدولي العرفي، تولى تلك القرارات في الواقع قدر كبير من الأهمية.

الصفحة ٨٧ ("يجب أن توضع في الاعتبار ضرورة توخي الحذر في أي تقييم لأهمية التصديق على معاهدة تدوينية، شأنه في ذلك شأن أي تقييم لحالات الامتناع عن التصديق").

(١١٠) نص المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣ من مبادئ دليل الممارسة المتعلقة بالتحفظات على المعاهدات، الصادر عن اللجنة في عام ٢٠١١، كالآتي: "إن تعبير نص في المعاهدة عن قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا يشكل في حد ذاته عائقاً أمام صوغ تحفظ على ذلك النص". وكما أوضحت اللجنة في شرحها لهذا المبدأ التوجيهي، فإن محكمة العدل الدولية توخت الحذر في قضية بحر الشمال فيما يتعلق بالاستنتاجات التي يستدعيها استبعاد بعض التحفظات (الشرح ٤). وقالت اللجنة إن قيام المحكمة الدولية بتأكيد عدم مقبولية التحفظات على أحكام المعاهدات التي تعكس القانون العرفي ليس صحيحاً.

٤٦ - وفي هذا السياق، أعارت المحاكم ومثلها الكتاب اهتماماً خاصاً لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهى منتدى يتمتع بمشاركة كادت أن تكون عالمية. وسيتناول هذا الفرع في أغلبه تلك القرارات تحديداً. فقد تكون للقرارات المذكورة أهمية خاصة كأدلة على وجود القانون الدولي العرفي أو كعامل محفز لنشؤته^(١١١). غير أن الاجتماعات والمؤتمرات الأخرى التي تعقدها الدول قد تتسم بالأهمية أيضاً^(١١٢). وربما تكون للأجهزة التابعة للمنظمات الدولية^(١١٣) والمؤتمرات الدولية ذات العضوية الأضيق نطاقاً وظيفياً مماثلة، إلا أنها تُعطى عموماً وزناً أقل في مجال إثبات القانون الدولي العرفي العام؛ وقد يكون دورها مع ذلك جوهرياً في نشأة العرف المعين وتحديدته (انظر في هذا الصدد الفرع السابع أدناه).

(١١١) انظر: G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001)، ويحتوي هذا المؤلف معلومات غزيرة عن قرارات المنظمات الدولية وعن كل جوانب الدور الذي تقوم به المنظمات الدولية فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي. انظر أيضاً: J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (Columbia University Press, 1970) و J. Castañeda, 'Valeur juridique des résolutions des Nations Unies', 129 *Recueil des cours* (1970), p. 205 sources du droit", in E. Lagrange, J.-M. Sorel (eds.) *Traité de droit des organisations internationales* (L.G.D.J., 2013), at p. 257، الحاشية ٢٩ أعلاه، الصفحة ١٩٣ ("من المنطقي القول إن تلك الفرصة الفريدة من نوعها التي توفرها الأمم المتحدة لجميع أعضاء الجماعة الدولية تقريباً، إذ تتيح لهم الاجتماع وتبادل الآراء فيما بينهم، تُحدث لا محالة أشد الأثر في نشوء القواعد العرفية وفي إعادة تشكيلها").

(١١٢) على سبيل المثال، أشارت المحكمة الدولية إلى وثيقة هلسنكي الختامية الصادرة في عام ١٩٧٥: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at p. 107, para. 204 ("يمكن الاستدلال على أن النص يشهد بوجود ... مبدأ عرفي [يقضي بعدم التدخل] ساري المفعول على نطاق عالمي").

(١١٣) على سبيل المثال، مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، انظر: O. Corten, "La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières", *Revue belge de droit international* (2004), pp. 552-567 و *Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403, at pp. 437-438, para. 81 *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 133 ("ثمة قرارات معينة، اعتمدها مجلس الأمن بالإجماع، لها أهمية كبرى في نشأة الاعتقاد بالإلزام بشأن وقوع المسؤولية الجنائية على من يرتكبون انتهاكات القانون الإنساني الدولي العام الذي يحكم التفاعلات المسلحة الداخلية أو من يأمرهم بتلك الانتهاكات"). وفي قرار مجلس الأمن ٢١٢٥ (٢٠١٣) الصادر بشأن الصومال، يشدد المجلس في الفقرة ١٣ على أن "هذا القرار لا يعتبر مُنشئاً لقانون دولي عرفي"؛ وانظر أيضاً، في السياق نفسه، الفقرة ٨ من قرار مجلس الأمن ١٨٣٨ (٢٠٠٨).

٤٧ - ولئن كانت هذه القرارات لا يمكن لها مستقلة أن تنشئ قانونا دوليا عرفيا، "[ف]قد تكون لها قيمةٌ شائعة في بعض الأحيان" عند إقامة الأدلة على وجود القانون أو على نشوئه^(١٤). ولكن لا بد من توخي الحذر عند البت فيما إذا كان قرارٌ ما يمتلك هذه القيمة

(١١٤) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at pp. 254-255, para 70* ("تلاحظ المحكمة أن قرارات الجمعية العامة، وإن لم تكن ملزمة، يمكن أن تكون لها في بعض الأحيان قيمة [شائعة]. فبإمكانها، في ظروف معينة، توفير دليل له أهمية في إثبات وجود قاعدة أو نشوء اعتقاد بالزامية مُمارَسة"). ويتضمن قرار الجمعية العامة ٣٢٣٢ (د-٢٩)، المعتمد بتوافق الآراء في ١٢ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٧٤، الحكم التالي: "وإذ تدرك أن إنماء القانون الدولي يمكن أن يتجلى، بين جملة أمور، في إعلانات الجمعية العامة وقراراتها التي يمكن لمحكمة العدل الدولية، في هذه الحدود، أن تأخذها بعين الاعتبار". انظر أيضا: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 31* (الغربية [Western Sahara, *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, at pp. 31-33* (التي يُشار فيها إلى إعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة) (قرار الجمعية العامة ١٥١٤ (د-١٥) بوصفه "مرحلة هامة أخرى" من مراحل تطوير القانون الدولي فيما يتعلق بالأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي)؛ و *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 103, para. 195* ("هذا الوصف، الوارد في ... تعريف العدوان المرفق بقرار الجمعية العامة ٣٣١٤ (د-٢٩)، يمكن اعتباره معبرا عن القانون الدولي العرفي")؛ و [شركة النفط الأمريكية الليبية (ليامكو) ضد حكومة الجمهورية العربية الليبية] *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, 62 International Law Reports (1982), 141, 189* ("... القرارات المذكورة، وإن لم تكن مصدرا مُجمعا عليه من مصادر القانون، تشكل دليلا على أحدث اتجاه مهيم في الرأي العام الدولي ...")؛ و [استنتاجات اللجنة الثالثة عشرة التابعة لمعهد القانون الدولي فيما يتعلق بقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة] *Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations* ويمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF ("رغم أن ميثاق الأمم المتحدة لا يمنح الجمعية العامة سلطة سن قواعد ملزمة للدول في العلاقات فيما بينها، فللجمعية أن تقدم توصيات تساهم في التطوير التدريجي للقانون الدولي وفي تعزيزه وتدوينه. ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال قرارات متنوعة")؛ و G. Abi-Saab, "La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté", in *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago* (Giuffrè, 1987), at pp. 1, 53, 56 ("نذهب الأغلبية الساحقة من الفقهاء إلى أن القرارات الشائعة للجمعية العامة يمكن أن تفضي إلى نفس سبل التفاعل مع العرف التي تفضي إليها المعاهدات التدوينية على نحو ما أشارت إليه المحكمة، أي أنها يمكن أن تتمخض عن الآثار المحتملة نفسها، سواء أكانت معلنة للقواعد العرفية أو مبلورة لها أو مولدة لها")؛ و J. A. Barberis, "Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens", in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt* (Springer, 1995), at pp. 21, 22-23 (الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تملك عموما سلطة صوغ قرارات ملزمة قانونا للدول الأعضاء حسب الميثاق، كما أنها ... لم تحصل على تلك الأهلية عن طريق العرف. ولكن ما من شك في أن قرارات الجمعية العامة

فعلا: "ففي كل حالة من الحالات، هناك عملية صياغة وتقدير وتقييم مستقلة"^(١١٥). ومن المهم أيضا الإشارة إلى أنه "على غرار ما يحدث عند إصدار الدول إعلانات، يتعين دوما النظر فيما تعنيه الدول في الواقع عندما تصوّت لصالح قرارات معينة أو ضدها في المحافل الدولية"^(١١٦). والجمعية العامة، كما تؤكد الدول نفسها في مناسبات عديدة، جهاز سياسي كثيرا ما لا يفتن أعضاؤه إلى أن ما يتخذونه من إجراءات يكتسب دلالة قانونية^(١١٧).

عامل هام من عوامل نشأة العرف."؛ و S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), at p. 111 ("القرارات التي تتخذها أجهزة المنظمات الحكومية الدولية ينبغي اليوم إدراجها في الخزانة العامة للمواد القانونية التي ... لا بد لأي محام أن يعتد بها")؛ و Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ٤٤ ("مما لا شك فيه أن قرارات [الجمعية العامة للأمم المتحدة ذات الطابع المُعلن] هذه تقدم بالفعل إسهاما هاما في تطوير القانون الدولي ... إلا أن هذا الأمر ... لا يُكسبها طابعا تشريعيا")؛ و C. Tomuschat, "The Concluding Documents of World Order Conferences", in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), at pp. 563, 568 ("لا يُعتد بالمؤتمرات الدولية كهيئات تسن القوانين. فالحكومات، عندما تصوغ نصا يوجز نتائج مؤتمر من المؤتمرات، لا تفعل ذلك عموما قاصدة سن قانون ملزم. بل إن مقصدها في ذلك هو رسم مسار سياسي للعمل بغية اتباعه في المستقبل ... وحتى عندما يتم التوصل إلى اتفاق في وثيقة ختامية، فإن الآثار القانونية الملزمة لا تنشأ إلا إذا كانت تلك رغبة الأطراف المعنية. والواقع أن الحكومات، إذا انتوت الدخول في التزام قانوني، يمكنها دوما أن تختار إبرام صك تعاهدي لا رجعة فيه ... ومع ذلك، فإن من قصر النظر إغفال نتائج كل هذه التجمعات لكونها لم تتبلور في شكل صكوك قانونية ملزمة بالمعنى التقليدي، واعتبارها محض خطاب سياسي لا يمكن أن يتمخض عن آثار قانونية" (للاطلاع على معلومات بشأن "إخلاء المسؤولية والتحفظات"، انظر أيضا الصفحات ٥٦٨-٥٨٠))؛ و Weil، الحاشية ٩١ أعلاه، في الصفحة ٤١٧ ("لعل القرارات، بوصفها التعبير الاجتماعي والسياسي عن الاتجاهات والنوايا والأمنيات، تشكل مرحلة هامة في عملية صوغ القواعد الدولية؛ ولكنها لا تشكل في حد ذاتها المصدر الرسمي للقواعد الجديدة").

(١١٥) Crawford، الحاشية ١٠٣ أعلاه، الصفحتان ٩٠ و ١١٢. انظر أيضا: Boyle and Chinkin، الحاشية ٦٢ أعلاه، الصفحة ٢٢٥ ("قرارات المنظمات الدولية والإعلانات المتعددة الأطراف الصادرة عن الدول قد تؤثر أيضا في القانون الدولي العرفي. و ... [إنشائها هذه الآثار] يتوقف على عوامل مختلفة يجب تقييمها في كل حالة من الحالات")؛ و Treves، الحاشية ٥٤ أعلاه، الفقرات ٤٤-٤٦.

(١١٦) G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar, 2012)، 88. انظر أيضا: Shaw، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحة ٦٣.

(١١٧) M. D. Öberg، "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ"، *European Journal of International Law*, 16 (2006)، pp. 879, 902 ("للجمعية العامة صفة جاذبة إذ أنها محفل شديد الاتساع لتمثيل الدول القائمة، إضافة إلى كونها تشكل منبرا مركزيا ملائما للغاية يتيح التعرف في آن واحد على وجهات نظر جميع الدول الأعضاء الحاضرة بشأن موضوع ما. غير أن الجمعية العامة جهاز سياسي أيضا، مما لا يجعلها المحفل المثالي لوضع القوانين. فالدول قد يكون لديها من الأسباب، بخلاف الأسباب القانونية، ما يدفعها للتصويت على نحو ما تفعل، ومن ذلك الأسباب الأخلاقية أو السياسية أو العملية (في إطار صفقة تساومية مثلا). ويضاف إلى ذلك أن الدولة قد تصوّت ضد قرار من القرارات إما لأنها تراه يتجاوز المراد منه أو ترى أنه لا يبلغه.

ولذلك، فإن البت فيما إذا كان قرار ما يحمل في طياته مثل هذه القيمة الشارعة مهمة ينبغي أن تنفذ "مع تحري الحرص الواجب" (١٨). وكما أوضحت محكمة العدل الدولية: "ينبغي النظر في محتواه وفي ظروف اعتماده؛ ومن الضروري أيضا النظر فيما إذا كان هنالك اعتقاد بالزامية الممارسة فيما يتعلق بطابعه [الشارع]. أو من الممكن أن تدل مجموعة قرارات على النشوء التدريجي لذلك الاعتقاد اللازم لإقامة القاعدة الجديدة" (١٩).

وليس من الإنصاف كذلك إلزام الدولة بتصويتها لصالح قرار ما، في حين أن الدول "تتصرف في إطار قواعد وآليات معينة تؤثر في العادة على المغزى القانوني لتصويتها" وأن القرارات تُنسب لا إلى فرادى الأعضاء بل إلى الهيئة أو المنظمة التي اعتمدها. ويُذكر أخيراً أن ممثلي الدول الذين يصوتون في الجمعية العامة ليسوا في العادة مخولين صلاحية الدخول في التزامات باسم دولهم" (الإشارات المرجعية محذوفة)؛ و M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), at pp. 434-435 ("هل يحق لنا أن نفترض أن التصويت الإيجابي يعكس آراء الدولة بشأن القانون؟ إنه أمر يثير شكوكا كثيرة. فالتصويت قد يكون منبثقا عن مبادرة سياسية، كأن يكون تأكيدا لتحالف ما على سبيل المثال، ولا علاقة له إطلاقا بما تعتبره الدولة عرفاً. وقد يكون كذلك ناتجا عن ضغوط مارستها دولة قوية، أو عن رغبة في إحراج خصم. وهو في كلتا الحالتين لا "يعكس" أي اعتقاد بالإلزام من جانب الدولة المعنية. والأكثر من ذلك... أنه من الممكن (بل وكثيرا ما يتم) تأويل عملية صنع القرار في الأمم المتحدة في ضوء افتراض مفاده - كما يتضح من عدم امتلاك ممثلي الدول صلاحيات كاملة - أنها عملية غير ملزمة")؛ و Kirchner، الحاشية ٦٥ أعلاه، الصفحة ٢٣٥ ("يتعين علينا أن نضع في الاعتبار أن القرارات بطبيعتها لا تنشئ عموماً التزامات قانونية. والمفترض أن الدول التي لا تستخدم الأداة التعاهدية لا ترغب في إلزام نفسها على الإطلاق").

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (١٨٨) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 99, para. 188

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at (١٩٩) R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*: انظر أيضا: p. 255, para 70 (Clarendon Press, 1994), at p. 28 ("كما هو الحال بالنسبة للكثير من مسائل القانون الدولي، لا توجد إجابة سهلة المنال على السؤال التالي: ما هو دور قرارات المنظمات الدولية في عملية وضع القواعد في النظام الدولي؟ وللإجابة على هذا السؤال، علينا أن ننظر في موضوع القرارات المذكورة، وفيما إذا كانت قرارات ملزمة أم قرارات صدرت على سبيل التوصية، وفي الأغلبية التي أيدت اعتمادهما، وفي الممارسة المتواترة فيما يتعلق بها، وفي أدلة وجود الاعتقاد بالإلزام. وعندما نرجع هذا المنظار المتعدد الأطياف فتصطف الأشكال النمطية في مصفوفات معينة، يزول الشك في أنها تلعب دوراً هاماً في وضع القواعد")؛ و B. Sloan, "General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)", *British Yearbook of International Law*, 58 (1987), pp. 39, 138 ("إن العوامل السابقة الذكر، عندما تتمزج في مزيج يخص كل قرار، يمكن أن يُعتمد بالكثير منها أو بما كلها لدى النظر في الآثار المتنوعة الناتجة عن قرار ما أو الوزن الذي يُولى إليه. وقد لا تكون هذه العوامل متكافئة من حيث الواجهة أو الأهمية فيما يتعلق بآثار متنوعة مثل النفاذ أو المقبولية العامة كتأويل أو المفعول الإعلاني أو القوة الملزمة. ويمكن أن تتفاوت أهميتها من قرار لآخر")؛ و I. Brownlie, "Presentation", in A. Cassese and J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability* (Walter de Gruyter, 1988), at p. 69 ("بعض قرارات الجمعية العامة وليس قراراتها كافة، بعضها وليس كلها، يعتبر أدلة مهمة عن حالة القواعد العامة للقانون الدولي. فنص القرار

٤٨ - وفي مثل هذا التقييم، تتسم الصياغة المستخدمة في قرار معين بأهمية بالغة: ”كما هو الحال بالنسبة لممارسات الدول، لا بد من بحث مضمون القرار والوقوف على مدى الاعتداد بالمسائل القانونية قبل إيلائه وزنا قانونيا“^(١٢٠). فالقرارات المصوغة ”بلغة منشئة للقواعد“^(١٢١) هي القرارات التي يمكن أن تكون ذات أهمية، كما أن اختيار مصطلحات

والمناقشات التي تقضي إلى اتخاذ وتعليل الوفود لتصويتها بشأنه، جميعها أدلة على حالة القانون الدولي، وإن لم تكن أكثر من ذلك. وعندما أقول أدلة فإنني لا أعني بالضرورة أدلة مواتية أو إيجابية. فقد تكشف الأدلة عن خلافات في الرأي فيما يتصل بجوانب عدة من القرار تبلغ درجة من الشدة توحى، عندتمعنها استنادا إلى معايير القانون الدولي العرفي، بأننا لا نزال بعيدين عن تكوين القانون الدولي العرفي بشأن موضوع معين“؛ و C. Economidès, “Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, 34 (1988), 131, 143-144 (إذا اجتمعت الشروط المذكورة آنفا (مضمونٌ شائع وأغلبية كبيرة وما إلى ذلك)، فمن الممكن أن تتطور هذه القرارات لتصبح قواعد عرفية شريطة أن تطبقها الدول بالفعل في تصرفاتها، وهو ما يظل أمرا لا غنى عنه لنشأة العرف“؛ و Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ٦٥ (”من الضروري النظر في كل نوع من الأنواع المحتملة للقرارات، إن لم يكن في كل قرار من حيث جوهره، إذ أن الوزن النسبي للقرار نفسه ولمواقف الدول الأعضاء سيختلف حسب شكل القرار قيد النظر وموضوعه“).

(١٢٠) Crawford، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحتان ١٩٤ و ١٩٥. انظر، على سبيل المثال: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, *Legality of the Threat or Use of Judgment*, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at pp. 102-103, para. 193 و Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 255, para. 72. انظر أيضا Barberis، الحاشية ١١٤ أعلاه، الصفحة ٣٤ (”ليست ذات طابع شارع تلك القرارات التي تقدم توصيات أو تعرب عن أمان أو تحت على اتباع سلوك محدد أو تطلب تعاوناً أو تدعو إلى اتخاذ تدابير معينة أو يُستخدم فيها ما شابه ذلك من تعابير. والقرارات التي تستخدم هذه المفردات لا تمنح حقاً ولا تنشئ التزاماً على الصعيد القانوني؛ وهي تقتصر على عرض توصية أو دعوة، الأمر الذي لا يمت بصله لوضع القواعد“).

(١٢١) Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ١٩٨. انظر أيضا: Institute of International Law’s Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations ويمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF (”لغة القرار ومضمونه تساعد على تحديد فحواه من ناحية التشريع. وإيراد إشارات تحيل إلى القانون الدولي أو عبارات مشابهة، أو إغفالها عمداً، أمر ذو وجهة ولكنه ليس في حد ذاته عاملاً محدداً“؛ و Boyle and Chinkin، الحاشية ٦٢ أعلاه، الصفحة ٢٢٥ (”ليس من الضروري أن يكون القرار أو الإعلان المنشئ لقانون قراراً أو إعلاناً يعلن الحقوق أو المبادئ كقوانين، ولكن الصياغة يجب، كما هو الحال بالنسبة للمعاهدات، أن تكون ذات طابع منشئ للقواعد في جوهرها بحيث يمكن اعتبارها تشكل الأساس لقاعدة قانونية عامة“ (في معرض الإشارة إلى قضيتي الجرف القاري لبحر الشمال)).

معينة (أو تفادي استعمالها) قد يكون ذا مغزى. وطبيعة اللغة المستخدمة في القرار ”يزعم أنها تسلط الضوء على قصد الدول الأعضاء فيما يتعلق بالدلالة القانونية للقرار“^(١٢٢).

٤٩ - وللظروف المحيطة باتخاذ القرار المعني أهميتها أيضا في هذا الصدد. وهي تشمل، على وجه الخصوص، الطريقة المتبعة لاتخاذ القرار؛ ونتيجة التصويت (متى انطبق ذلك)؛ والأسباب التي توردها الدول تعليلاً لموقفها (عند التفاوض بشأن قرار مثلا أو في بيانٍ لتعليل الموقف أو تعليل التصويت أو غير ذلك من البيانات بأنواعها). ومن البديهي أن يكون ”[د]نطاق التأييد أهميته. فالقرار المتخذ بتوافق الآراء أو بالإجماع سيكون له بالضرورة وزنٌ أكبر إذا ما قورن بقرار لم تؤيده الدول إلا بأغلبية الثلثين. والقرارات التي يعارضها ولو عدد صغير من الدول قد لا تُنشئ أثراً يُذكر إذا كانت تلك الدول من الأشد تأثراً بها بشكل مباشر“^(١٢٣).

٥٠ - وعلى أي حال، وكما تقول صاحبة المقام السيدة روزالين هيغز: ”لا بد أن يتنبه المرء إلى عدم استعمال قرارات الجمعية العامة كطريق مختصرة للتحقق من توافر الممارسة الدولية بكل جوانبها بشأن مسألة ما - فالممارسة في الساحة العالمية الأوسع لا تزال هي الأرضية المناسبة لذلك، وإن كانت قرارات الأمم المتحدة جزءاً من المشهد. ولا يمكن أن تكون القرارات بديلاً للتحقق من وجود العرف: فهذه المهمة ستظل تستلزم استقراء أدلة أخرى في ممارسات الدول إلى جانب تلك الإجراءات الجماعية التي تتجلى في قرارات الجمعية العامة“^(١٢٤).

M. Prost, P.K. Clark, “Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?”, *Chinese Journal of International Law*, 5 (2006), pp. 341, 362

(١٢٣) Boyle and Chinkin، الحاشية ٦٢ أعلاه، الصفحة ٢٢٦ (حيث أضيف أنه ”حتى الاعتماد الذي يتم بتوافق الآراء تقل أهميته عما يبدو للوهلة الأولى، إذا ما اقترن ببيانات تقيد ما أُنْفِق عليه تقييداً شديداً أو إذا كان توافق الآراء ستاراً يخفي اتفاقاً على عدم الاتفاق دون الإصرار على طرح المسائل للتصويت“). انظر أيضاً: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255, para. 71 (”عدة قرارات من القرارات المعروضة في هذه القضية قد اعتمدت رغم وجود أصوات كثيرة معارضة وامتناع كثير من الأعضاء عن التصويت؛ وهكذا، فإن هذه القرارات وإن كانت دليلاً واضحاً على قلق عميق إزاء مشكلة الأسلحة النووية، لا تزال تقصر عن إثبات وجود اعتقادٍ بالزامية الممارسة بشأن عدم مشروعية استخدام مثل هذه الأسلحة“)؛ و Öberg، الحاشية ١١٧ أعلاه، الصفحتين ٩٠٠ و ٩٠١ (”وهكذا تصبح الأغلبية الكبيرة مسألة حاسمة ... ومن المنطقي [أيضاً] أن يتسنى للدول التي تشارك فعلياً في نشاط معين الإدلاء برأي ذي تأثير كبير على كيفية تنظيم هذا النشاط ... [وتتسم بالأهمية كذلك] طريقة اتخاذ القرار“)؛ و Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحتين ٦ و ٧.

(١٢٤) Higgins، الحاشية ١١٩ أعلاه.

٥١ - وفي الحالات التي يُقصد فيها بالقرار إعلان القانون (لا السعي إلى إنشاء قاعدة جديدة، وإن كان التمييز بين هاتين الحالتين في الممارسة ليس بالأمر السهل دوماً^(١٢٥))، لا تشكل هذه القرارات (حتى ولو سُميت "إعلانات"^(١٢٦)) دليلاً قاطعاً وينبغي تقييمها بتأنٍ: فموافقة الدول على النص لا يجوز أولاً "فهمها على اعتبار أنها قبول بصحة القاعدة أو مجموعة القواعد التي يعلنها القرار"، إلا في ظروف معينة على نحو ما سلف ذكره أعلاه^(١٢٧). ولا بد ثانياً أن يكون اتباع القاعدة المذكورة ملحوظاً في ممارسات الدول^(١٢٨).

(١٢٥) انظر أيضاً: Öberg، الحاشية ١١٧ أعلاه، الصفحة ٨٩٦ ("من المسلم به أن رسمَ خط فاصل بين ما هو محض تأويل أو إعلان من جهة وما يُعتبر من جهة أخرى منشئاً بحق لقاعدة جديدة أمرٌ يمكن أن يتسم بالصعوبة من الناحية العملية").

(١٢٦) انظر أيضاً مذكرة مكتب الشؤون القانونية للأمين العام للأمم المتحدة، الوثيقة E/CN.4/L.610 المؤرخة ٢ نيسان/أبريل ١٩٦٢ (يعتمد 'الإعلان' أو 'التوصية' بقرار من أحد أجهزة الأمم المتحدة. ولذا لا يمكن إلزام الدول الأعضاء به، على غرار المعاهدة أو الاتفاقية التي تلزم الأطراف فيها، مجرد أنه سُمي 'إعلاناً' عوضاً عن 'توصية'... ومع ذلك فإنه في ضوء الطابع الأكثر رسمية والدرجة الأعلى من الأهمية التي يتسم بها 'الإعلان'، يجوز اعتبار أنه يحمل في طياته توقعات قوية من جانب الجهاز الذي اعتمده بأن أعضاء المجتمع الدولي سيتقيدون به. وبناء على ذلك، فإنه بقدر ما تؤيد ممارسات الدول هذه التوقعات تدريجياً، يجوز عرفاً التسليم بأن الإعلان يضع قواعد ملزمة للدول")؛ و E. Suy، "Innovation in International Law-Making Processes"، in R. St. John Macdonald et al. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), at pp. 187, 190 ("تقتصر سلطة الجمعية العامة على اعتماد القرارات. وهي مجرد توصيات ليست لها قوة ملزمة قانوناً للدول الأعضاء. والإعلانات الرسمية المعتمدة إما بالإجماع أو بتوافق الآراء لا تحظى بمركز مختلف، رغم أن تأثيرها المعنوي والسياسي سيصبح عاملاً هاماً في توجيه السياسات الوطنية. وكثيراً ما تحتوي الإعلانات إحالات إلى قواعد قائمة في مجال القانون الدولي. وهي لا تنشئ هذه القواعد، بل هي تعيد بيانها وتؤيدها فحسب. وقد تبدو المبادئ الأخرى الواردة في مثل هذه الإعلانات ككيان لقواعد قانونية جديدة. لكن اعتمادها في حد ذاته لا يضيف عليها تلقائياً حجية معينة... وبناء على ذلك، فإن الجمعية العامة قادرة، من خلال إعلاناتها الرسمية، على أن تعطي دفعة قوية تحفز نشوء قواعد جديدة، رغم أن اعتماد الإعلانات في حد ذاته لا يضيف على تلك القواعد الطابع الملزم")؛ و KANG Guek Eav alias Duch, Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Appeal Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), para. 194 ("الإعلان الصادر في عام ١٩٧٥ بشأن التعذيب قرارٌ غير ملزم من قرارات الجمعية العامة، وبالتالي يتعين تقديم مزيد من الأدلة التي تثبت أن تعريف التعذيب الوارد فيه كان وقتئذ يعكس القانون الدولي العرفي").

(١٢٧) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, (١٢٧) Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 14, at p. 100, para. 188 ("لا يمكن فهم الأثر الناجم عن الموافقة على نص مثل تلك القرارات باعتباره محض "تكرار أو إيضاح" للالتزام التعاهدي المنشق عن الميثاق. بل يمكن على العكس من ذلك فهمه كقبول لصحة القاعدة أو مجموعة القواعد التي يعلنها... القرار"). انظر أيضاً الصفحة ١٨٤ (الرأي المستقل للقاضي آغو) ("ثمة... شكوك أشعر بأن ملزم بالإعجاب عنها فيما يتعلق بالفكرة التي مفادها... أن الموافقة على بعض القرارات أو الإعلانات المعدة في

إطار الأمم المتحدة أو منظمة الدول الأمريكية، وفي سياق آخر أيضاً، يمكن أن تُعتبر برهاناً قاطعاً على وجود اعتقاد متوافق بالإلزام لدى الدول المعنية يتسم بالقوة الكاملة التي تتمتع بها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“؛ و I. Detter, “The Effect of Resolutions of International Organizations”, in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), pp. 381, 387 (“إن تصويتنا بالأغلبية الساحقة في الجمعية العامة يمكن أن يكون مؤشراً يفيد وجود قاعدة قانونية إلا أنه ليس دليلاً قاطعاً على ذلك؛ أي أن جميع الحالات يتعين النظر في فحواها. فإذا كانت التوصيات في تلك الحالات تعكس قانوناً قائماً بالفعل، فمن البديهي في الحالات المذكورة ألا تكون هذه التوصيات هي النص المنبثقة منه قوة الإلزام: وإنما هي مُلزمة بمقتضى مصدر الالتزام الأصلي الوارد في المعاهدات أو في القانون العرفي“؛ و Schachter، الحاشية ٥٧ أعلاه، الصفحة ٧٣٠ (“التأييد الذي تحظى به القرارات المعلنة للقانون في الجمعية العامة للأمم المتحدة ينبغي تقييمه في ضوء الظروف المحيطة بعمل من هذا القبيل. فليس واضحاً البتة ما إذا كان التصويت المؤيد لقرار معلن لقانون يشكل في حد ذاته دليلاً قاطعاً على وجود اعتقاد بأن القرار يعبر عن قاعدة قانونية. فقد تكون هناك عوامل أخرى مؤثرة في الأمر“؛ و Gaja، الحاشية ٥٥ أعلاه، الصفحة ٤٠ (“إن القرار المعلن لوجود مبدأ ما أو قاعدة معينة من مبادئ وقواعد القانون الدولي يمكن اعتباره تعبيراً عن الاعتقاد بالإلزام السائد بين جميع الدول تقريباً: تلك الدول التي صوتت مؤيدة للقرار أو قبلته بتوافق الآراء. بيد أن سبباً من أسباب التردد في إيلاء وزن ما لمثل هذا القرار بوصفه تعبيراً عن الاعتقاد بالإلزام هو أن القرار كثيراً ما يُقبل بوصفه “مجرد بيان لنية سياسية وليس صياغة لقانون“، على نحو ما ذكرت حكومة الولايات المتحدة في بيانها الذي أدلت به لتعليل تصويتها تأييداً للقرار المتعلق بعدم التدخل“؛ و Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987), §103, comment c (“لا تمتلك المنظمات الدولية عموماً سلطة سن القوانين وبثها في ماهية القوانين لا يتسم في العادة بأي أهمية خاصة، إلا أن البيانات الإعلانية الصادرة عنها توفر قدراً من الأدلة على ما تعتبره الدول المصوّنة لصالح تلك البيانات قانوناً. والقيمة الثبوتية لهذه القرارات متباينة. ويُسند وزن ذو شأن إلى قرارات المنظمات الدولية ذات العضوية العالمية، إن لم تُثر الجدل وإن اعتمدت بتوافق الآراء أو بما يقرب من الإجماع“).

(١٢٨) انظر أيضاً: Bernhardt، الحاشية ٦٢ أعلاه، الصفحتين ٢٤٧ و ٢٦٧ (“لا بد من الاعتراف بأن الإعلانات الشفوية لا يمكن أن تنشئ قواعد عرفية إذا كانت الممارسة الفعلية مختلفة“؛ و S.M. Schwebel، “United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law”, in A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 203, 210 (“أن يكون الطابع إعلانياً يعني أن يكون مرآة لما يعتنقه المجتمع الدولي ككل تعكس ممارساته؛ فإذا تحطمت هذه المرآة، تعذر إصلاح الصورة التي تعكسها. والإجماع شبه التام، أو على أقل تقدير التأييد النابع من إرادة معينة لدى جميع الفئات، ليسا وحدهما المطلوبين؛ بل إن الاتساق مع ممارسات الدول مطلوب أيضاً، إذا أريد لما أُعلن قانوناً قائماً أن يكون إعلاناً دقيقاً لما هو موجود بالفعل. وبما أن الجمعية العامة لا تتمتع بأي سلطات تشريعية، فليس بإمكانها أن تحدد ما هو قانون أو ما لا يُعتبر قانوناً بالتصريح بذلك بكل بساطة (حتى أو إن صرحت بذلك بإجماع أعضائها وبصورة متكررة). والدول التي تجتمع في الجمعية العامة لا يسعها أن تعلن القانون إلا عندما تقصد ذلك في حالات استثنائية وعندما تفعل ذلك. بما يتوافق مع ممارسة الدول التي يركز إليها القانون“).

(١٣٠) Shaw، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٧٠. انظر أيضا: [محكمة السلفادور العليا، القضية رقم ٢٦-٢٠٠٦ Supreme Court of El Salvador, Case No. 26-2006 (12 March 2007)], [١٢ آذار/مارس ٢٠٠٧]، p. 14-15. ”تؤدي الإعلانات الدولية وظيفةً شائعةً بصورة غير مباشرة، بمعنى أنها تقترح سلوكا غير ملزم ولكن من المستصوب اتباعه وتستبقي الإعلانات نشأة الاعتقاد بالإلزام (الشعور بوجوب الالتزام) الذي ينبغي للدول التقيد به لأجل بلورة عرف دولي في المدين المتوسط أو الطويل والإعلانات الدولية، حتى وإن لم تكن ملزمة، تسهم إسهاما كبيرا في تشكيل مصادر القانون الدولي الملزمة، سواء عن طريق استباق الطابع الملزم لممارسة معينة من ممارسات الدول أو عن طريق التشجيع على إبرام معاهدة على أساس توصيات معينة [ترد في هذه الإعلانات]“؛ و [المحكمة الدستورية الألمانية، الأمر الصادر عن مجلس الشيوخ الثاني في ٨ أيار/مايو ٢٠٠٧] German Constitutional Court, Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 39 (الوثيقة [أي تدوين لجنة القانون الدولي لمشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول] وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١. ومع ذلك لا يؤدي هذا الأمر في حد ذاته لا إلى تطبيق القانون العرفي ولا إلى تطبيق ملزم قانونا لأي سبب آخر، غير أنه قد يكون بمثابة مؤشر على توافر عقيدة قانونية على النحو اللازم لنشأة القانون العرفي“؛ و [طلب دراسة للحالة وفقا للفقرة ٦٣ من حكم المحكمة الصادر في ٢٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٤ في قضية التجارب النووية (نيوزيلندا ضد فرنسا)] Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I. C. J. Reports 1995, p. 288, at p. 406، (الرأي المخالف للقاضي سير جيفري بالمر) ”يمكن القول بثقة أن بعض تلك المبادئ التي وردت في الإعلان [إعلان ستوكهولم الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة البشرية] لقيت تأييدا واسعا النطاق في ممارسات الدول اقترن بشعور الدول أن [هذه المبادئ] ملزمة قانونا، إلى حد أنها أُدججت الآن في إطار القانون الدولي العرفي“؛ و Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations، ويمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: <http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>، الاستنتاج ١ والاستنتاج ٢٢ ”المبادئ والقواعد المعلنة في القرار يمكن أن تؤثر في ممارسة الدول أو أن تحفز ممارسة جديدة تشكل مكوناً من مكونات قانون عرفي جديد. ويجوز أن يساهم القرار في تعزيز ممارسات الدول، أو في نشأة اعتقاد مشترك بالإلزام [opinio juris communis]“.

(١٣١) انظر أيضا Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ٧٠ ("ويمكن قطعاً القبول بأن قراراً للجمعية العامة قد يسهم في عملية البلورة، وبأن وجود مثل هذا القرار الذي يعلن، أو يُزعم أنه يعلن، ماهية القانون لن يستلزم إلا أدلة قليلة نسبياً على وجود ممارسة فعلية تدعم الاستنتاج القائل بأن القاعدة المذكورة

٥٣ - وتمتلك الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة صلاحية تقديم التوصيات، ولذلك فإن ما تصدره من قرارات ليس ملزماً في حد ذاته^(١٣٢). ومن الجائز جداً، كما ورد فيما سبق، أن تؤدي تلك القرارات دوراً هاماً في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وتحديدتها؛ غير أنهما لا تنشئ في حد ذاتهما قانوناً دولياً عرفياً بحكم الواقع^(١٣٣). وهذا الأمر لا يجسد أحكام ميثاق

أصبحت جزءاً من القانون العرفي العام. ومع ذلك لا بد من التشديد على أن الجمعية العامة لا يمكنها أن تغير القانون أو أن تنشئ قانوناً جديداً... وفكرة إنشاء الجمعية العامة قانوناً بقرار من قراراتها.... فكرة غير سليمة فيما عدا في مجالات محدودة معينة ذات صلة بالميثاق^(١٣٤)؛ و Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations، ويمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي: <http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1987-caire_02_en.PDF> (١٤) "عندما تكون قاعدة من قواعد القانون العرفي في طور النشوء عن ممارسة الدول أو عندما يكون الشك ما زال قائماً فيما إذا كانت قاعدة جزءاً من قواعد القانون، رغم أن هيئة دولية أو مجموعة من الدول تطبقها بالفعل، فمن شأن القرار الذي يُتخذ دون تصويت معارض أو امتناع عن التصويت أن يعزز العرف أو أن يزيل الشك المحتمل في هذا الشأن".

(١٣٢) فيما عدا في مسائل الميزانية وغيرها من المسائل التي تعتبر أمورا داخلية خاصة بالأمم المتحدة. انظر أيضا على سبيل المثال: S.M. Schwebel, "The Effect of Resolutions of the U. N. General Assembly on Customary International Law", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 73 (1979), p. 301 ("ليس القول بأن الجمعية العامة للأمم المتحدة تفتقر لأي سلطات تشريعية بالقول الجديد، وتكراره لا يقلل من صحته في شيء. فقرارات الجمعية ليست بصفة عامة قرارات ملزمة لا للدول الأعضاء في الأمم المتحدة ولا في ميدان القانون الدولي الأعم. وليس من المستغرب أن يكون الحال كذلك. فليست لدينا هيئة تشريعية عالمية... إذ لم يأت في الميثاق أي عبارات توحى بأنها مخولة سلطة سن القانون الدولي أو تعديله").

(١٣٣) انظر من ناحية أخرى: *Western Sahara, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1975, p. 12, at p. 99 (الرأي المستقل للقاضي عمون، نائب رئيس المحكمة) ("أكدت الجمعية العامة مشروعية هذا الكفاح [أي الكفاح للتحرر من الهيمنة الأجنبية] في ما لا يقل عن أربعة قرارات... وهي قرارات إذا اعتد بها مجتمعة تشكل بالفعل عرفاً")؛ و B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), pp. 23, 37 مشترك بالإلزام في فترة قصيرة للغاية بين جميع أعضاء الأمم المتحدة أو حتى بين بعض أعضائها، فتنشأ بينهم بذلك قاعدة جديدة من قواعد القانون العرفي الدولي. كما أنه لا سبب يمنعهم من استعمال قرار للجمعية العامة من أجل 'إضفاء طابع وضعي' على الاعتقاد السائد بينهم عموماً بوجود إلزام جديد")؛ و ILA London Statement of Principles, p. 61 ("القرارات المقبولة بالإجماع أو بما يقرب من الإجماع، والتي تبين اتواء داعميها الواضح إرساء قاعدة من قواعد القانون الدولي، يمكن في حالات استثنائية للغاية أن تنشئ قانوناً عرفياً عاماً بمجرد اعتمادها...")؛ و G.H. Lockwood, "Report on the Trial of Mercenaries: Luganda, Angola", *Manitoba Law Journal*, 7 (1977), pp. 183, 195-197 "Sources of International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), para. 43 ("قرارات الجمعية العامة المتكررة التي تتخذ بتوافق الآراء أو الإجماع يمكن اعتبارها ممارسات للدول، فتنشئ بذلك قانوناً دولياً عرفياً جديداً").

الأمم المتحدة فحسب، بل إنه يعكس أيضا الشرط الأساسي المتمثل في توافر ممارسة عامة (مقبولة بمثابة قانون) اللازم لنشوء قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي (أو للتحقق من وجودها): ”وأكثر ما يمكن أن يُقال [بالنسبة لقرارات الجمعية العامة] هو أن الموافقة عليها بأغلبية ساحقة (أو حتى بالإجماع) مؤشرٌ على وجود اعتقاد بالزامية الممارسة وضرورتها؛ ولكنها لا تنشئ قانونا دون أن تصاحبها ممارسة متزامنة معها، وهذه الممارسة لن تتحقق إلا إذا عدلت الدول سياساتها وتشريعاتها الوطنية“^(١٣٤). وبعبارة أخرى، فإنه ”ليس للقرار

(١٣٤) Suy، الحاشية ١٢٦ أعلاه، الصفحة ١٩٠. انظر أيضا: *South West Africa, Second Phase, Judgment, I. C. J. Reports 1966, p. 6, at pp 169-170* (الرأي المستقل للقاضي فان ويك) (”لم يلتمس مقدمو الطلب تطبيق القواعد التقليدية فيما يتعلق بتولد القانون العرفي. بل إن الخلاف بين مقدمي الطلب ينطوي على زعم مبتدع مفاده أن أجهزة الأمم المتحدة تمتلك اختصاصا تشريعيا يمكن أن تُلزم به أقلية معارضة. ومن الواضح من أحكام الميثاق أن لا وجود لمثل هذا الاختصاص، وفي رأبي أنه ليس من الصواب في شيء اعتماد ذلك بحجة الأخذ بتأويل مبتدع وواو للمادة ٣٨ (١) (ب) من النظام الأساسي لهذه المحكمة“؛ و T. Buergenthal, S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5th edition (West Publishing, 2013), at p. 36 (”تصويت الدول وما تقوله في المنظمات الدولية شكل من أشكال ممارسات الدول. وأهمية ذلك بالنسبة لعملية وضع القوانين تتوقف على مدى اتساق هذه الممارسات مع التصرفات والتصرجات المتزامنة معها التي تصدر عن الدول في سياقات أخرى“؛ و Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ٢١١ (”ليس للقرار أي أثر قانوني خاص به، ولا بد من النظر فيما إذا كان هناك رأي عام سائد فعلا بين الدول مفاده أن القرار يعبر عن قاعدة ملزمة من قواعد القانون الدولي بحيث يتسنى عزو ممارسات الدول التي تتفق مع تلك القاعدة إلى التزامها بها“؛ و Öberg، الحاشية ١١٧ أعلاه، الصفحة ٩٠٤ (”بما أن القرارات يقتصر مفعولها على التأثير في الاعتقاد بالإلزام، في حين أن ركن الممارسة في القانون العرفي هو ركن نابع من أطراف خارجية حسب الاجتهاد القضائي الحالي لحكمة العدل الدولية، فليس للقرارات أي آثار موضوعية فعلية أو مستقلة بذاتها. بل إن آثارها هذه يمكن أن يقال أنها تسبق الأثر الموضوعي، إذ إنها ترسي الأساس لقيام الأثر الموضوعي الحقيقي عندما يتوافر الركن المفقود“؛ و P. de Visscher, “Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l’Assemblée générale des l’Organisation des Nations Unies”, in *Festschrift für Rudolf Bindschedler* (Stämpfli, 1980) at pp. 173, 182 (”من المؤكد أن التصويت على مثل هذه القرارات، حتى إذا كان قد تم بالإجماع وبصورة متكررة، لن يشكل أبدا الممارسة الدولية التي هي الركن الأول لكل عرف. ولكن هذا التصويت يمكن في سياق تولد العرف أن يشكل ركنه المعنوي أي الاعتقاد بالإلزام أو الإيمان بأن القاعدة المعنية قاعدة قانونية. وهذا ما نعينه في العادة عند التحدث عن تعزيز أو بلورة عرف في طور النشوء. ومن ناحية أخرى، يوفر هذا التصويت عنصرا من عناصر الأدلة المقنعة على وجود عرف يثور بشأنه الجدل“؛ و A.M. Weisburd, “The International Court of Justice and the Concept of State Practice”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), pp. 295, 363 (”ثمة مشكلة أخرى بخلاف تلك المتعلقة بإدراك الدول وممثليها أن قرارات الجمعية العامة غير ذات أثر قانوني - وهي مشكلة تتعلق بمنطق الأمور ... فالتصويت على قرار ما لا يعد مؤشرا على وجود اعتقاد بالإلزام إلا إذا ألزم الدولة المصوتة بالتسليم بأن القاعدة التي يؤكدها القرار ملزمة قانونا. أما إذا كان التصويت غير ملزم، فليس من الواضح كيف يمكن بموجبه إلزام الدولة بأي شيء“؛ و M. Mendelson, “The International Court of Justice and the Sources of International Law”, in V. Lowe, M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of*

أي أثر قانوني خاص به، ولا بد من النظر فيما إذا كان هناك رأي عام سائد فعلا بين الدول مفاده أن القرار يعبر عن قاعدة ملزمة من قواعد القانون الدولي بحيث يتسنى عزو ممارسات الدول التي تتفق مع تلك القاعدة إلى التزامها بها^(١٣٥). وينطبق هذا الأمر أيضا على الأحكام التي تتواتر في قرارات متوالية^(١٣٦).

^(١٣٥) Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ٢١١ (حيث أضاف أن "الممارسة العامة المقبولة بمثابة قانون" هي التي تشكل، في نهاية المطاف، مصدر العرف، ولكن التوصل إلى أن الدول تقبل قرارا معينًا للجمعية العامة كنصّ شارع سيكون دليلا هاما على أن الممارسة المتسقة مقبولة كقانون"). انظر أيضا: I. MacGibbon، "Means for the Identification of International Law. General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity"، in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons، 1982)، at pp. 10، 22 ("دور القرارات ... إنما هو دور غير مباشر. فمن الممكن أن يحفز ممارسة مستقبلية؛ وقد يوضح أو يؤكد ممارسة ماضية أو حالية؛ وهو جزء من عملية وضع القوانين، ولكنه ليس في حد ذاته منشئا للقانون. فالأثر الشارع أو الملزم ينشأ عن امتزاج الممارسة ذات الصلة بالقبول بها بمثابة قانون")؛ و P.-M. Dupuy، "Théorie des sources et coutume en droit international contemporain"، in *Le droit و international dans un monde en mutation*، Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga (Fundación de cultura universitaria، 1994)، at pp. 51، 67 ("إن قبول الدول بالطابع الملزم قانونا لهذه القواعد [الواردة في إعلانات الجمعية العامة] سيكون دائما ضروريا بشكل أو بآخر، سواء أتبدي ذلك في شكل إعلان رسمي يؤكدها أو في ممارسة فعلية تثبت اقتناع صاحبها بها أو في سكوت يُعتبر، إن آجلا أو عاجلا، سكوتا يفيد الموافقة").

^(١٣٦) انظر أيضا: MacGibbon، الحاشية ١٣٥ أعلاه، الصفحة ١٧ ("الواقع أن افتقار القانون الدولي إلى قاعدة تعاھدية أو عرفية جديدة تمنح الجمعية العامة صلاحية وضع القوانين، التي لا تمتلكها حاليا، هو أمر كفيل بأن يحبط أي محاولة لإسناد أثر ملزم قانونا لأي قرار بعينه من قرارات الجمعية العامة أو إلى مجموعة أو سلسلة متعاقبة من هذه القرارات، مهما كان عددها. ولا تغدو التوصية التزاما قانونيا مجرد أنها أكدت أو ذكرت مجددا، مهما تواتر ذلك ... فالتكرار وحده ليس له أثر سحري في تغيير الطبيعة القانونية للقرار")؛ و Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons، Advisory Opinion، I. C. J. Reports 1996، p. 226، at p. 532 (الرأي المخالف للقاضي ويرامانثري) ("وقد لا تنشئ الإعلانات الصادرة عن الجمعية العامة، وهي الهيئة النيابية الرئيسية للمجتمع العالمي، قانونا في حد ذاتها، ولكن عندما تتكرر تلك الإعلانات في سلسلة من القرارات، على [هذا] النحو المتكرر والمؤكد ... فإنها توفر تعزيزا هاما للرأي القائل [بقانونية مسألة ما من عدمها]. بموجب القانون الدولي العرفي")؛ و Nuclear Tests (Australia v. France)، Judgment، I. C. J. Reports 1974، p. 253، at pp. 435-436 (الرأي المخالف للقاضي بارويك) ("... ربما ... تكون قرارات الأمم المتحدة وغيرها من أشكال التعبير عن الرأي العالمي، مهما كان

٥٤ - ويقترح إدراج مشروع الاستنتاج التالي في الجزء الخامس الجديد:

مشروع الاستنتاج ١٣

قرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية

يجوز، في بعض الظروف، أن تكون القرارات التي تتخذها منظمات دولية أو تُعتمد في مؤتمرات دولية أدلة على القانون الدولي العرفي أو أن تساهم في تطويره؛ وليس من الممكن أن تشكل في حد ذاتها القانون الدولي العرفي.

خامسا - قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء

٥٥ - قرارات المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين المتخصصين في القانون الدولي (كتابات الفقهاء) تُعتبر مصدرا احتياطيا لقواعد القانون الدولي (المادة ٣٨-١ د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية). ومن المحتمل أن تكون، بحكم طبيعتها هذه، ذات صلة بجميع المصادر الرسمية للقانون الدولي، ويصح هذا الأمر خصوصا بالنسبة للقانون الدولي العرفي^(١٣٧).

تواترها أو عددها أو طابعها التوكيدي، غير كافية لدعم الرأي القائل بأن القانون العرفي يتضمن الآن حظرا لتجارب الأسلحة النووية^(١٣٨). وانظر من ناحية أخرى: *South West Africa, Second Phase, Judgment*, I. C. J. Reports 1966, p. 6, at p. 292 (الرأي المخالف للقاضي تاناكا) ("لا يمكننا بطبيعة الحال القول بأن فرادى القرارات والإعلانات والأحكام والقرارات وما إليها لها قوة ملزمة لأعضاء المنظمة. فالمطلوب لنشأة القانون الدولي العرفي هو تكرار نفس الممارسة؛ وبناء على ذلك، لا بد في هذه الحالة أن تُعتمد بشكل متكرر، في المنظمة الواحدة أو المنظمات المختلفة، القرارات والإعلانات وما يشابهها مما يتناول المسألة ذاتها").

(١٣٧) وفيما يتعلق أيضا بمبادئ القانون العامة بالمعنى الوارد في المادة ٣٨-١ ج) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وهذه المبادئ العامة مصدر من مصادر القانون متمايز عن القانون الدولي العرفي، وهي لذلك لا تدخل في نطاق الموضوع محل المناقشة. وعندما تقترب هذه المبادئ بممارسة واعتقاد بالإلزام، فمن الممكن أن تتبلور لتصبح قواعد للقانون الدولي العرفي (H. Waldock: "سيكون هناك اتجاه على الدوام إلى بلورة مبادئ عامة من مبادئ القانون الوطني التي يعترف بها القانون الدولي لتصبح قانونا عرفيا" (الحاشية ٣٣ أعلاه، الصفحتان ٣٩ و ٦٢)). وهكذا يمكن اعتبارها "مصدرا انتقاليا"، بمعنى أن استعمالها المتكرر على الساحة الدولية قد يحولها إلى قواعد للقانون الدولي العرفي: A. Pellet, "L'adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale", 329 *Recueil des cours* (2007), p. 26.

٥٦ - وتنص المادة ٣٨-١ (د) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي:

”١ - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تُرفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبّق في هذا الشأن:

...

د - أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. ويُعتَبَر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩.

٥٧ - وقد سلّطت الأمانة العامة الضوء في مذكرتها على الأهمية العملية لقرارات المحاكم وكتابات الفقهاء في عملية تحديد قواعد القانون الدولي العرفي، فلاحظت أن ”اللجنة [أخذت] في اعتبارها في مناسبات عديدة الأحكام القضائية وكتابات فقهاء القانون في تحليلها للقانون الدولي العرفي“^(١٣٨). وتضمنت المذكرة خمس ”ملاحظات“ تحيل إلى تلك المسائل، شُفِعت بأمثلة^(١٣٩).

(١٣٨) مذكرة الأمانة العامة، الفقرة ٣٠.

(١٣٩) المرجع نفسه، الفقرات ٣٠-٣٣. ويرد فيما يلي نص الملاحظات ١ و ١٥ إلى ١٨:

- ”لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، كثيراً ما أجرت اللجنة دراسات استقصائية لجميع الأدلة المتوفرة على الممارسات العامة للدول، فضلاً عن نُهجها ومواقفها، التي تأتي غالباً في تزامن مع قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، وكتابات الحقوقيين“.
- ”واعتمدت اللجنة أحياناً على قرارات المحاكم أو الهيئات القضائية الدولية بوصفها تعبر على نحو مدعوم بالأسانيد عن حالة قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي“.
- ”علاوة على ذلك، كثيراً ما اعتمدت اللجنة على الأحكام القضائية بوصفها أحد الاعتبارات الداعمة لوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو لعدم وجود قاعدة“.
- ”في بعض الأحيان، اعتمدت اللجنة أيضاً على قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية، بما يشمل قرارات التحكيم، بوصفها مصادر ثانوية لغرض تحديد ممارسات الدول ذات الصلة“.
- ”وكثيراً ما أخذت اللجنة في اعتبارها كتابات وآراء الحقوقيين في تحديد قواعد القانون الدولي العرفي“.

ألف - قرارات المحاكم^(١٤٠)

٥٨ - قد تؤدي قرارات^(١٤١) المحاكم الوطنية دوراً مزدوجاً فيما يتصل بالقانون الدولي العرفي: لا بوصفها من ممارسات الدول فحسب^(١٤٢)، بل وباعتبارها أيضاً وسيلة لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي^(١٤٣). وفي الحالة الأخيرة، ينبغي تناولها بحذر شديد إذ أن "المحاكم الوطنية تنظر إلى القانون الدولي نظرة تختلف عما تعتمد المحاكم الدولية"^(١٤٤).

(١٤٠) انظر: H. Lauterpacht, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law", *British*

H. Lauterpacht, *The Development of International Law*, 10 (1929), p. 65

Law by the International Court, 2nd edition (Stevens, 1958, reprinted Grotius, 1982, Cambridge

C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1996)

R. Jennings, "The Judiciary, National and International, and the", *University Press*, 1965), pp. 91-103

R. Jennings "Development of International Law", 102 *International Law Reports*, pp. ix-xiii

"Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law", in *Studi di diritto*

internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz (Editoriale Scientifica Napoli, 2004), at pp. 319-338

R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th edition, Vol. 1 (Longman, 1992), at pp. 41-42

S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005* (Martinus Nijhoff, 2005)

P. Daillier, M. Forteau, and A. Pellet, *Droit International* (Publishers, 2006), at pp. 1552-1558

Public, 8th edition (L. G. D. J., 2009), paras. 259-260

H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence* (Oxford University Press, 2006), at pp. 20-21

M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional* (2013), at pp. 247-252, 1206-1210

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

Shaw, *público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131

٥٩ - ولئن كانت قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية بشأن وجود قواعد القانون الدولي العرفي ومضمونها لا تعتبر "ممارسة"، فإنها تقوم بدور هام بوصفها "مصدرا احتياطيا لقواعد القانون" (١٤٥).

٦٠ - ولا يوجد في القانون الدولي مذهبٌ ينص على ضرورة مراعاة السوابق القضائية (١٤٦). ولا يمكن القول بأن قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية نصوص قاطعة لأغراض تحديد قواعد القانون الدولي العرفي. فأهميتها تتباين حسب سلامة أساسها المنطقي، وتشكيلة هيئة المحكمة التي أصدرتها، ومقدار الأغلبية التي رجّحت اعتمادها. ومن الضروري، إضافة إلى ذلك، مراعاة أن القانون الدولي العرفي ربما يكون قد تطور منذ تاريخ اعتماد قرار بعينه (١٤٧). بيد أن الأحكام القضائية، وخاصة تلك الصادرة عن محكمة العدل

Customary International Law by Austrian Courts' ويمكن الاطلاع عليها في الرابط التالي:
A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* (Dalloz, 2015) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788>؛ و

(١٤٥) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٤٦؛ وانظر من ناحية أخرى Bernhardt، الحاشية ٦٢ أعلاه، الصفحة ٢٧٠ ("كما هو معروف، تورد المادة ٣٨ من النظام الأساسي للمحكمة الدولية أحكام المحاكم ضمن مصادر القانون الدولي، وإن كانت تعتبرها "مصدرا احتياطيا لقواعد القانون". وتقلل هذه الصيغة من قدر الدور الذي تقوم به قرارات المحاكم الدولية في عملية وضع القواعد. فكثيرا ما يكون للأحكام المصوغة على نحو مقنع تأثيرٌ بالغ الأهمية على عملية توليد القواعد، حتى وإن كانت المحاكم من الناحية النظرية تطبق القانون القائم ولا تنشئ قانونا جديدا"). وعلى أي حال، يمكن أيضا أن تكون قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية وكتابات الفقهاء مصادر ثانوية لتحديد ممارسات الدول: انظر مذكرة الأمانة العامة، الملاحظة ١٧ والفقرة ٣٣. انظر أيضا: J. A. Barberis, "Réflexions sur la coutume internationale", *Annuaire Français de Droit International*, 36 (1990), pp. 9, 22 (من الممكن أيضا أن ينشأ القانون العرفي بواسطة قرارات المحاكم الدولية. فبتلك الطريقة، أمكن الخلوص إلى أن القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز لطرف أن يأخذ على طرف آخر عدم وفائه بالتزام أو عدم لجوئه إلى آلية انتصاف قضائي، إذا كان الطرف الأول قد منعه، بفعل مخالف للقانون، من الوفاء بالتزام أو اللجوء إلى القضاء، قاعدة تشكّل "مبدأ معترفاً به عموماً في الاجتهاد القضائي لهيئات التحكيم الدولية". والمبادئ الرئيسية التي تشكّل ركيزة إجراءات التحكيم استقرت بفضل ممارسات هيئات التحكيم. وفي هذا السياق، يمكن أن نستشهد أولاً بالقاعدة التي تقضي بأن كل قاضٍ له أهلية البت في اختصاصه من عدمه. وهذه القاعدة المعروفة عموماً باسم "قاعدة صلاحية البت في الاختصاص" تستقي مصادرها من قرارات التحكيم ... والقاعدة التي تمنح المحكمة صلاحية الأمر بإجراءات احتياطية تعتبر اليوم جزءاً من القانون العرفي وقد نشأت عن طريق الاجتهاد القضائي الدولي. وثمة قواعد تفسيرية معينة انبثقت عن المصدر نفسه يُذكر منها على سبيل المثال قاعدة إعمال النص").

(١٤٦) G. Acquaviva, F. Pocar, "Stare decisis", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007)

(١٤٧) J. A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Hart, 2009), at p. 25 ("ثمة خطر يتمثل في تصور الدول والفقهاء أن الأحكام [الصادرة عن المحاكم والهيئات

الدولية والمحاكم المتخصصة مثل المحكمة الدولية لقانون البحار، كثيرا ما تُعتبر قرارات ذات حجية^(١٤٨). وينطبق ذلك أيضا على بعض قرارات هيئات التحكيم^(١٤٩).

٦١ - والأمثلة على الاستناد إلى قرارات المحاكم لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي لا حصر لها. وكثيرا ما تعتمد محكمة العدل الدولية على قراراتها السابقة أو قرارات سابقتها، محكمة العدل الدولي الدائمة. بل إن الملاحظ أنها تبدو شديدة العزوف عن الحياد عن قراراتها السابقة.

باء - كتابات الفقهاء^(١٥٠)

٦٢ - يُقال أحيانا أن كتابات الفقهاء كانت باللغة الأهمية في تنظيم القانون الدولي العام بل وفي تطويره على مدى القرون الماضية^(١٥١). ولربما يُنظر إلى تلك الكتابات اليوم كمادة أقل

القضائية الدولية] تعد تعبيرا عن القانون الدولي، في حين أن أي حكم ما هو في أحسن الأحوال إلا صورة للحالة الراهنة لذلك القانون“).

(١٤٨) انظر أيضا: J. Crawford, 'The Identification and Development of Customary International Law', Keynote speech at the Spring Conference of the ILA British Branch, 23 May 2014 ("حتى ولو كانت أحكام المحكمة لا ترتب أثرا ملزما إلا على الأطراف المختصة ولا يعتد بها إلا بوصفها "مصدرا احتياطيا لقواعد القانون"، فإنها تُعامل من الناحية العملية "كأحكام ذات حجية تعكس الحالة الراهنة للقانون الدولي". ويبدو ذلك واضحا في ممارسات الدول في أعقاب قرارات المحكمة المتعلقة بالقانون الدولي العرفي. فبعد قضية نيكاراغوا، أصبح الطابع العرفي للمادتين ١ و ٣ المشتركين بين اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ أمرا "مسلمًا به الآن، يكاد لا يثير الجدل على الإطلاق". كما يبدو في ما للمحكمة من نفوذ على غيرها من المحاكم وهيئات القضائية الدولية" (الإشارات المرجعية محذوفة)).

(١٤٩) هناك الكثير من الإصدارات الجامعة لقرارات التحكيم، ومن أهمها وأبرزها منشور الأمم المتحدة الصادر بعنوان *Reports of International Arbitral Awards* [مجموعة قرارات التحكيم الدولي].

(١٥٠) انظر: G. Schwarzenberger, "The Province of Doctrine of International Law", in G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (eds.), *Current Legal Problems* (Stevens, 1956), at pp. 235-65 و J. François, "L'influence des publicistes sur le développement du droit international", in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel* (Sirey, 1961), at pp. 275-281 و C. Parry, الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحات ١٠٣-١٠٨، و E. Münch, "Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht", in *Université Genève et Institut de Hautes Études Internationales Genève, Recueil d'études de droit international* (Imprimerie de La Tribune Genève, 1968), at pp. 490-507 و M. Lachs, *en hommage à Paul Guggenheim* (Imprimerie de La Tribune Genève, 1968), at pp. 161-252 و A. Oraison, "Teachings and Teaching of International Law", 151 *Recueil des cours* (1976), pp. 507-80 و Rosenne, الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحات ١٥٨-١٥٦ و Pellet, الحاشية ٢٠ أعلاه، في الملاحظات الهامشية ٣٣٥-٣٣٩ و M. Wood, "Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010) و Daillier, Forteau and Pellet, الحاشية ١٤٠ أعلاه، الفقرات ٢٥٦-٢٥٨ و M. Diez de Velasco, الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحة ١٣١ و Thirlway, الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحات ١٢٦-١٢٨ و Shaw, الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحتين ٨٠ و ٨١.

أهمية من ذي قبل، إلا أنها تظل، رهنا بوجودها في الأغلب، مصدراً مفيداً لاستقاء المعلومات وإجراء التحليلات لأغراض تحديد قواعد القانون الدولي العرفي.

٦٣ - وقد أحسن القاضي غراي التعبير عن دور "مذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم"،^(١٥٢) باعتبارها مصدراً احتياطياً لقواعد القانون، حينما قال في مقولته الشهيرة التي يكثر الاستشهاد بها والمقتبسة من قضية السفينة هافانا: "تلجأ المحاكم القضائية إلى هذه المؤلفات، ليس لما تحتويه من تنظير لكتّابها عما ينبغي أن يكون عليه القانون، بل لاستقاء أدلة موثوق بها على حالة القانون في الواقع"،^(١٥٣).

٦٤ - ولا بد عند النظر في آراء المؤلفين أن توضع عدة عوامل نصب الأعين، منها مثلاً مدى رغبتهم في التعبير عن مواقف دول معينة أو مجموعات معينة من الدول، وماهية النهج الذي اتبعوه إزاء تحديد القانون الدولي العرفي، وما إذا كانوا يسعون إلى الترويج لوجهة نظر معينة أو إلى طرح صيغ لقواعد قانونية جديدة^(١٥٤).

٦٥ - ومن بين هذه الكتابات، يمكن إسناد أهمية خاصة إلى المؤلفات الجماعية، ولا سيما النصوص والشروح المنبثقة عن أعمال لجنة القانون الدولي^(١٥٥) فضلاً عن المؤلفات الصادرة عن

(١٥١) يذهب غريغ إلى أن "المؤلفين في مجال القانون الدولي كانوا يحتلون مكانة بارزة قبل أن تكثر ممارسات الدول والسوابق القضائية": D.W. Greig, *International Law* (Butterworth, 1970), at p. 40.

(١٥٢) كثيراً ما يُعبر عنها ببساطة بلفظة "كتابات الفقهاء" أو "الأدبيات" ("doctrine" باللغة الفرنسية).

(١٥٣) ١٧٥ US 677 at 700 [8 January 1900] *The Paquete Habana and The Lola*, US Supreme Court. حذر رئيس القضاة فولر في رأي مخالف من الكتاب قائلاً إنهم يقدمون "دراسات دؤوبة ربما تكون مقنعة، إلا أنها ليست ذات حجية" (الصفحة ٧٢٠).

(١٥٤) R. Jennings، الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحتان ٣٢٨ و ٣٢٩ ("إن هذه المصادر وغيرها من مصادر الفقه قد توضح في حالات معينة ما إذا كانت تناقض القانون القائم [lex lata] أم القانون المنشود [lex ferenda]، وقد لا توضح ذلك أيضاً... فجماعات الضغط التي تعمل على إرساء فقه ما كثيراً ما تعتبر أن طمس الفارق بين الاثنين وإلباس مقترحاتها ثوب القانون القائم أمرٌ يصب في مصلحتها..."). انظر أيضاً: J. Kammerhofer, "Law-Making by Scholars", in C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, 2015, forthcoming)، متاح على الرابط التالي: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=2182547>.

(١٥٥) من أمثلة ذلك الإشارة إلى أعمال لجنة القانون الدولي بشأن قانون المعاهدات في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية) فيما يتعلق بالقواعد الآمرة (الفقرة ١٩٠)؛ والاعتماد على القراءة الأولى لمشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول في قضية غابتشيكوفو - ناغيماروس (هنغاريا/سلوفاكيا) [case *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia)*] (الفقرة ٥٠). وفي الآونة الأخيرة، أشارت المحكمة الدولية بضع مرات إلى الصيغة النهائية لمشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، منها على سبيل المثال إحالتها إليها في حكم المحكمة المؤرخ ١٩ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٥ في قضية الأنشطة المسلحة في إقليم الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا) [Case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*] (الفقرة ١٦٠) عندما أشارت

هيئات خاصة مثل معهد القانون الدولي ورابطة القانون الدولي. ومن الضروري أيضا، كما هو الحال بالنسبة لجميع الكتابات الفقهية، التمييز بين المؤلفات التي يُراد بها أن تعكس القانون القائم (التدوين، أو *lex lata*) وتلك التي تُطرح كتجسيد لعملية التطوير التدريجي للقانون (أو القانون المنشود، *lex ferenda*). وكما قيل فيما يتعلق بالمواد التي أعدتها لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية المنظمات الدولية: ”على المحاكم وغيرها من الجهات أن تتناول المواد... بدرجة من التحفظ. وعليها أن... تزن الأدلة عند البت في حالة بعض الأحكام المشمولة بمشاريع المواد“^(١٥٦).

٦٦ - ولا تزال أمثلة الاعتماد الصريح على كتابات مؤلفين بعينهم (مقارنة بكتابات لجنة القانون الدولي وبعض المؤلفات الجماعية الأخرى) جدّ نادرة في الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية^(١٥٧). ولا يعني ذلك بالضرورة أن تلك الكتابات غير مهمة، فالواقع أن الإحالات إليها كثيرة في الآراء المستقلة والآراء المخالفة وفي قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية الأخرى وقرارات المحاكم المحلية^(١٥٨).

الحكمة إلى المواد ٤ و ٥ و ٨ المعتمدة ضمن مشروع المواد في عام ٢٠٠١. وفي القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود) [Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina Serbia and Montenegro), Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 43]، أشارت المحكمة باستفاضة إلى المواد التي أعدتها لجنة القانون الدولي عن مسؤولية الدول. انظر أيضا: Tomka، الحاشية ٢٦ أعلاه، الصفحة ٢٠٢ (”أعمال التدوين التي قامت بها لجنة القانون الدولي كانت عظمى الأهمية [بالنسبة للمحكمة في سعيها إلى التحقق مما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي قائمة فعلا]، ويرجع ذلك في الأساس إلى دقة الإجراءات التي اتبعتها اللجنة...“).

(١٥٦) M. Wood, “Weighing the articles on responsibility of international organizations”, in M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), at pp. 55, 66.

(١٥٧) M. Peil, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1 (2012), p. 136.

(١٥٨) انظر على سبيل المثال: [قضية يونغ فوي كونغ ضد المدعي العام] 3 [2010] *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore — Court of Appeal, 14 May 2010), paras. 95, 98 و German Constitutional Court, Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, paras. 64-65 و [كاوندا وآخرون ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا وآخرين] *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004), paras. 25-29 و [المدعي العام ضد نتاكيروتيمانانا] *Prosecutor v. Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgment (Appeals Chamber), International Criminal Tribunal for Rwanda, para. 518 Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Criminal Case No. 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), 20 May 2010, para. 61 (حيث يشار أيضا إلى قضية أخرى تتعلق بالموضوع سبق أن نظرت فيها

٦٧ - ويقتراح إدراج مشروع الاستنتاج التالي في الجزء الخامس الجديد:

مشروع الاستنتاج ١٤

قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء

قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء يمكن أن تكون مصدرا احتياطيا لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي.

سادسا - دور المنظمات الدولية

٦٨ - أشار التقرير الثاني إلى أن ممارسة المنظمات الدولية يمكن أن تكون ذات أهمية أيضا لأغراض تحديد القانون الدولي العرفي^(١٥٩). وكان هذا الأمر في مجمله محل تأييد لجنة القانون الدولي^(١٦٠)، إلا أن تساؤلات عدة أثارت بشأن طبيعة هذا الدور بالتحديد^(١٦١). وتنص

الحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة)؛ و *Prosecutor v. Delalić*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 16 November 1998, para. 342 *KAING Guek Eav alias Duch*, Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Appeal Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber (3 February 2012), paras. 114-116؛ و [المدعي العام ضد شايوفيتش وآخرين] *Prosecutor v. Šainović and Others*, Case No. IT-05-87-A, Judgment (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 23 January 2014, para. 1647 (والإشارة الواردة في الحكم)؛ و [أمر مجلس الشيوخ الثاني المؤرخ ٥ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٣ الصادر برقم 2 BvR 1506/03 (الحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية)] *Order of the Second Senate of 5 November 2003* (German Federal Constitutional Court), para. 47؛ و [فتوى المحكمة الدولية لقانون البحار بشأن مسؤوليات الدول والتزاماتها حيال الأنشطة المنفذة في المنطقة] *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, para. 169.

(١٥٩) A/CN.4/672، الفقرتان ٤٣ و ٤٤. واقترح في التقرير الثاني أن يكون مصطلح "منظمة دولية" (لأغراض استعماله في مشاريع الاستنتاجات) معادلاً لتعبير "منظمة حكومية دولية". لكن لجنة الصياغة ارتأت في عام ٢٠١٤ أن انتقاء التعاريف الممكنة قد يكون أمراً سابقاً لأوانه، قبل انتهاء النظر في هذا التقرير. ويقصد المقرر الخاص أن يكون المراد بمصطلح "منظمة دولية"، عند استخدامه في مشاريع الاستنتاجات، تلك المنظمات ذات الشخصية القانونية الدولية التي يتألف أعضاؤها في الأساس من الدول أو المنظمات الدولية الأخرى. وفي الوقت الحاضر، لا يرى المقرر الخاص ضرورة لإدراج تعريف في مشاريع الاستنتاجات، شريطة أن يورد الشرح إيضاحاً للمقصود. وقد ترغب لجنة الصياغة في إمعان النظر في تلك المسألة.

(١٦٠) كانت اللجنة قد أقرت في عام ١٩٥٠ بأن "سوابق الممارسة المتراكمة للمنظمات الدولية يجوز اعتبارها أدلة على وجود القانون الدولي العرفي فيما يتعلق بعلاقات الدول بالمنظمات" ("طرق ووسائل جعل أدلة القانون الدولي العرفي أيسر توافراً"، تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثانية (A/CN.4/34)، في: *Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, p. 372, para. 78*)؛ وانظر أيضاً مذكرة الأمانة العامة، الملاحظة رقم ١٣ ("في ظل ظروف معينة، اعتمدت اللجنة على ممارسات المنظمات الدولية لتحديد وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي).

الفقرة ٢ من مشروع الاستنتاج ٤ [٥]، بصيغته التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٤، على ما يلي:

”في حالات معينة، تساهم ممارسات المنظمات الدولية أيضا في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي أو التعبير عنها“.

وورد في حاشية من حواشي تقرير رئيس لجنة الصياغة أن مشروع الاستنتاج ٤ [٥] سينظر فيه مجددا في دورة اللجنة لعام ٢٠١٥ في ضوء ما يورده هذا التقرير من تحليل لمسألة ممارسات المنظمات الدولية. وكذلك أتى في حاشية أخرى ملحقه بمشروع الاستنتاج ٦ [٧] أن ”أشكال ممارسات المنظمات الدولية ستجري دراستها في المستقبل“^(١٦٢).

٦٩ - وقد أتيح للجنة القانون الدولي في الآونة الأخيرة أن تشير إلى أوجه الاختلاف بين الدول والمنظمات الدولية. ففي شرحها العام للمواد المعتمدة في عام ٢٠١١ عن مسؤولية المنظمات الدولية، ذكرت اللجنة ما يلي:

وتختلف المنظمات الدولية عن الدول اختلافاً تاماً، كما أنها تتسم بالإضافة إلى ذلك بتنوع كبير فيما بينها. وعلى نقيض الدول، فإنها أنشئت كيما تمارس مهام محددة (”مبدأ التخصص“). وهناك فوارق جدّ بارزة فيما بين المنظمات الدولية فيما يتعلق بسلطاتها ومهامها، وحجم عضويتها، والعلاقات بين المنظمة وأعضائها، وإجراءات التداول، والهيكل والمرافق، فضلاً عن القواعد الأساسية التي تشمل الالتزامات التعاقدية التي تتحملها^(١٦٣).

٧٠ - وتظل الدول هي الأشخاص الرئيسية للقانون الدولي، وممارستها كما يأتي في التقرير الثاني هي التي تساهم في الأساس في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي والتعبير عنها^(١٦٤).

وتعلق ذلك الاعتماد بطائفة متنوعة من جوانب ممارسات المنظمات الدولية، من قبيل علاقاتها الخارجية، وكذلك المواقف التي اتخذتها أجهزة تلك المنظمات فيما يتصل بمجالات محددة أو مسائل عامة في العلاقات الدولية“.

(١٦١) انظر على سبيل المثال مداخلة السيد ميرفي: المحضر الموجز A/CN.4/SR.3224 (١٦ تموز/يوليه ٢٠١٤). ولزيد من التمعن في بعض المسائل المطروحة، انظر: M. Wood, “International Organizations and Customary International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48 (2015).

(١٦٢) انظر أيضا التقرير المؤقت لرئيس لجنة الصياغة، ٧ آب/أغسطس ٢٠١٤، الصفحتين ٩ و ١٠.

(١٦٣) مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية، الشرح العام، الفقرة ٧ (تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠١١، A/66/10، الفقرة ٨٨)، واستُنسخت الفقرة في: M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), at pp. 449-451.

(١٦٤) A/CN.4/672، الفقرة ٤٣.

والدول (في أغلب الحالات) هي أيضا التي تنشئ المنظمات الدولية وتسيطر عليها، وتخولها صلاحية التصرف كأشخاص مستقلين في إطار القانون الدولي لأداء وظائف متنوعة على الساحة الدولية سعياً إلى تحقيق أهداف مشتركة معينة يتقاسمها أعضاؤها^(١٦٥). وهكذا يتبين عموماً أن "من السابق لأوانه فيما يبدو مساواة هذه السلطة الشارعة [التي قد تمتلكها بعض المنظمات الدولية] بسلطة وضع القوانين التي تتسم بالاستقلالية الحقة"^(١٦٦)؛ ومن المؤكد في

(١٦٥) انظر أيضاً: L. Hannikainen, "The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law", *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), pp. 125, 130 ("لا تعني الأهمية المتنامية للمنظمات الدولية أنها تتبوأ مرتبة أعلى من الدول أو أنها تشكل تحدياً جاداً لسيادة الدول. فالدول لا تزال هي الأطراف الفاعلة الرئيسية على الساحة الدولية؛ وهي الجهات القادرة، بحكم تأسيسها للمنظمات الدولية وعضويتها فيها، على توجيه تلك المؤسسات التي أنشأتها - بل وعلى حلّها. وفي الوقت نفسه، ينبغي أن يؤخذ في الحسبان أن الدول قد منحت المنظمات الدولية عن قصد أنواع مختلفة من الصلاحيات، بل ومنحت سلطات فوق وطنية للمنظمات دولية معينة...")؛ و A. Roberts, S. Sivakumaran, "Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law", *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), pp. 107, 117-118 ("تقضي القواعد بأن الهيئات المخولة صلاحيات من جانب الدول تنشئها هذه الدول وتخولها تلك الصلاحيات، وهو ما يخلق أساساً يمكن انطلاقاً منه الدفع بأن أي سلطة للتشريع تمارسها هذه الهيئات نابعة عن رضا الدول. ويضاف إلى ما سبق أن الدول تحتفظ لنفسها، في أعقاب أي تفويض أولي لسلطة التشريع، بطائفة متنوعة من السلطات الرسمية وغير الرسمية لإنزال العقاب بالهيئات المخولة صلاحيات من جانبها إذا ما تجاوزت جهودها حدود سلطتها التشريعية... وبذلك يكون أي دور تؤديه الهيئات المخولة صلاحيات من جانب الدول في مجال وضع القوانين مرتكناً برضا الدول الأولي بذلك وباستمرار توافر مستوى ما من الرضا لديها على أقل تقدير")؛ و C. Parry, الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحتين ٨ و ٩ ("إذا ما تعين استنباط أي عنصر من عناصر التشريع الدولي في أعمال المنظمات الدولية، فإن المتحمسين لهذه الهياكل التنظيمية يُنصحون باستدكار أن النظرية التي أقيمت عليها تستند إلى التفويض الذي تمنحه الدول"). ويجوز للدول (الأعضاء في المنظمات وغير الأعضاء بها على السواء) أن تعترض أيضاً على سلوك منظمة دولية: انظر، على سبيل المثال، D. Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford University Press, 2005), at p. 116 ("قد تود دولة أن تعترض بصورة مستمرة على الطريقة التي تُمارَس بها الصلاحيات المفوضة داخل منظمة ما لكي تعمل الدولة تحديداً على منع نشوء أي قاعدة عرفية ملزمة لها قد تنبثق في المستقبل عن تصرفات المنظمة، فتقيّد بذلك ممارستها المنفردة للسلطات خارج سياق المنظمة")؛ و J.E. Alvarez, *International Organization as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), at p. 593.

(١٦٦) Prost and Clark، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحات ٣٥٤ و ٣٦٧ و ٣٦٨ (حيث أضيف أن "العامل الحاسم للأغراض الحالية يتمثل فيما إذا كانت المنظمة قادرة على الإعراب عن إرادة مستقلة بحق، أي إرادة ليست نتاج إرادةفرادى الأعضاء بها فحسب، وما إذا كانت هذه الإرادة المستقلة ملزمة للدول الأعضاء... وفي هذا الصدد، لا يزال هناك... نقاش واسع النطاق.... وما زالت المنظمات الدولية، في هذا المرحلة من مراحل تطور الأوساط القانونية الدولية، غير قادرة إلى حد بعيد على التأسيس لنشوء سلطة منفصلة حقاً عن الدول ذات السيادة. والواقع أن المنطق المؤسسي لم يطمس قط المنطق المستمد من سيادة الدول. بل إنه على النقيض من ذلك يفترض بداهة وجود نظام الدولة القومية ويعكس هذا النظام، ويبرزه إلى حد ما" (الإشارات المرجعية محذوفة)). انظر أيضاً: J. Klabbers, "International Organizations in the Formation of

الوقت نفسه، مع الأخذ في الحسبان أن "أشخاص القانون في أي نظام قانوني ليسوا بالضرورة متطابقين في طبيعتهم أو في نطاق حقوقهم، وأن طبيعتهم تعتمد على احتياجات الجماعة"^(١٦٧)، أن أداء المنظمات الدولية لوظائفها يمكن أن يكون ذا أهمية في تحديد القانون الدولي العرفي. وقد لقي هذا المفهوم العام تأييدا كبيرا في المناقشات التي أجرتها اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤^(١٦٨).

٧١ - وينبغي في البداية تمييز الفروق في أمرين. إذ يتعين علينا أولا، وهذا أمر جوهري، أن نميز بين ممارسات الدول داخل المنظمات الدولية وممارسات المنظمات الدولية ذاتها. ورغم أن هذا المطلب ليس بالأمر اليسير دوما (وخاصة عندما يكون جهاز المنظمة المعني مؤلفا من دول)^(١٦٩) وأن الأدبيات كثيرا ما تتسم بالغموض في هذا الشأن، ينبغي من حيث المبدأ عدم

Customary International Law", in E. Cannizzaro, P. Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pp. 179, 183 ("المطلوب للتوصل إلى أي شيء ذي مغزى بشأن دور المنظمات الدولية في نشأة القانون الدولي العرفي هو امتلاك رؤية ما عن العلاقة بين المنظمات وأعضائها. فمن لا يرون في المنظمات إلا وسيطا للدول الأعضاء فيها لن يواجهوا مشاكل تُذكر في قبول فكرة أن أعمال أجهزة [المنظمات الدولية] يمكن على نحو ما اعتبارها من أعمال الدول. ولكن من يصرون على توافر الشخصية المستقلة للمنظمات قد لا يسهل عليهم اعتبار أعمال المنظمات أعمالا للدول").

(١٦٧) انظر: [فتوى محكمة العدل الدولية بشأن التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة] *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1949*, p. 174, at 178.

(١٦٨) انظر على سبيل المثال البيانات المُدلى بها باسم النمسا وفرنسا واليونان وجمهورية إيران الإسلامية (للمنظمات الدولية دور في تحديد القانون الدولي العرفي "ما دامت تعكس ممارسات الدول") وجامايكا وجمهورية كوريا وهولندا وبلدان الشمال الأوروبي وبولندا والبرتغال ورومانيا وسلوفاكيا وسلوفينيا وجنوب أفريقيا وإسبانيا وترينيداد وتوباغو والولايات المتحدة ("في بعض الظروف المحددة") (انظر المحاضر الموجزة؛ ويمكن أيضا الاطلاع على البيانات الحرفية المتاحة إلكترونيا في بوابة الأمم المتحدة لتوفير الورق (PaperSmart Portal) على الرابط التالي: <http://www.un.org/en/ga/sixth/>).

(١٦٩) كما ذكرت السيدة جاكوبسون، "قد يكون من الصعب أحيانا [] التمييز بين [الدول والمنظمات الدولية] من حيث مشاركتها" (المحضر الموجز A/CN.4/SR.3226 (١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤)). انظر أيضا: Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ١١ ("... ممارسات المنظمات الدولية يمكن أيضا أن تنشئ قواعد في القانون العرفي. وصحيح أن أغلب الأجهزة التابعة لأكثرية المنظمات الدولية يتكون من ممثلين للدول وأن من الأفضل أن يُنظر إلى ممارساتها باعتبارها ممارسات للدول. ولكن ممارسات الأجهزة غير المشكلة من ممثلي الدول، كالأمانة العامة للأمم المتحدة، يمكن أيضا أن تنشئ قواعد في القانون العرفي ... ويجب ألا يغفل المرء الآراء القانونية الصادرة عن الأمانة العامة للأمم المتحدة")؛ و R.A. Wessel, S. Blockmans، "The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union"، College of Europe, Department of European Legal Studies Research Paper in Law 01/2014 ("من الوظائف المهمة للمنظمات الدولية أن تبين ممارسات الدول (والاعتقاد بالإلزام) وأن تسمح بنشوء القانون العرفي بسرعة، ومع ذلك لا بد أن يظل المرء واعيا للفرق بين ممارسة الدولة وممارسة

الخلط بين ممارسة المنظمات الدولية، بوصفها أشخاصا مستقلين في القانون الدولي، وممارسات الدول نفسها (أي "ممثلي الأعضاء، والمقصود بذلك الأشخاص المفوضون من قبل حكوماتهم، الذين يتلقون منها التعليمات وترتب تصرفاتهم مسؤوليتها")^(١٧٠). ويرتكز هذا التقرير، مثله في ذلك مثل التقرير الثاني، إلى أساس مفاده أن ممارسات الدول داخل المنظمات الدولية ينبغي إسنادها إلى الدول نفسها، حسب اقتضاء الحال^(١٧١).

٧٢ - ومما يتعين تمييزه أيضا الفرق بين سلوك المنظمة المتصل بتسيير أعمالها داخليا (وهو ما يُشار إليه في كثير من الأحيان بوصفه "ممارسة المنظمة" أو "الممارسة المستقرة للمنظمة"؛ انظر تعريفي "قواعد المنظمة" في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية أو فيما بين المنظمات الدولية لعام ١٩٨٦، وفي المواد المتعلقة بمسؤولية المنظمات الدولية المعتمدة عام ٢٠١١) وسلوك المنظمة في علاقاتها مع الدول والمنظمات الدولية وغيرها من الجهات (الممارسة الخارجية). ففي حين أن سلوك المنظمة الأول قد

المنظمة الدولية")؛ و D.M. DeBartolo, "Identifying International Organizations' Contributions to Custom", *AJIL Unbound*, 23 December 2014 <<http://www.asil.org/blogs/identifying-international-organizations%E2%80%99-contributions-custom>> ("لن كانت هذه الأعمال [المتصلة بقرارات المنظمات الدولية مثلا] تتم في محفل المنظمة الدولية، فإنها أعمال تأتيها الدول وينفذها مسؤولوها (الذين هم في العادة أعضاء وفد الدولة أو بعثتها الدائمة لدى المنظمة الدولية)، ولذلك تُعتبر من ممارسات الدول وليس ممارسات المنظمة الدولية")؛ و J.E. Alvarez, "International Organizations: Then and Now", *American Journal of International Law*, 100 (2006), pp. 324, 333 ("قد يحلو للبعض وصفها بأنها ليست إلا "محافل" لأعمال وضع القوانين، ولكن المنظمات الدولية... هي في واقع الأمر نوع جديد من الجهات الفاعلة الواضحة للقوانين، يتمتع بدرجة ما من الاستقلالية عن الدول التي أنشأتها")؛ و I. Johnstone, "Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations", *George Washington International Law Review*, 40 (2008), p. 87 ("ما دامت المنظمات الدولية تتصرف باستقلالية عند مشاركتها في [] الممارسات، فإن عملية وضع القوانين تبعد درجة عن مبدأ رضا الدول")؛ و J. Wouters, P. De Man, "International Organizations as Law-Makers", in J. Klabbers and Å. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), at p. 208.

(١٧٠) اقتباس من [فتوى محكمة العدل الدولي الدائمة بشأن المادة ٣، الفقرة ٢، من معاهدة لوزان] Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne, Advisory Opinion, PCIJ Series B – No. 12 (1925), p. 29 (حيث تُناقش في سياق مختلف تشكيلة مجلس عصبة الأمم).

(١٧١) انظر أيضا: Treves، الحاشية ٥٤ أعلاه، الفقرة ٥٠ ("تشترك المنظمات الحكومية الدولية، باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، في العملية العرفية مثلها في ذلك مثل الدول. ومع ذلك، فإن التحقق من هذه المشاركة وتقييم طبيعتها وأهميتها لا بد أن يتم بحرص شديد لأسباب أولها ضيق نطاق الاختصاص المسند إلى المنظمات، وثانيها أن ربما يكون من المستصوب اعتبار العديد من مظاهر هذه الممارسات، مثل قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، ممارسات للدول المعنية أكثر منها ممارسات للمنظمات").

يفضي في ظروف معينة إلى "نوع من القانون العرفي الخاص بالمنظمة، تنشؤه المنظمة ولا ينطبق إلا على المنظمة" (١٧٢)، فسلوكها الثاني هو الذي يمكن أن يكون متصلا، من حيث المبدأ، بنشأة القانون الدولي العرفي وتحديده (١٧٣).

٧٣ - والتنوع الكبير للمنظمات الدولية يدعو إلى توخي الحرص الشديد عند تقييم ممارستها وتحديد مدى أهميتها (١٧٤). فكلما ازداد عدد الدول الأعضاء في المنظمة مثلا (١٧٥) أو

C. Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", *Goettingen Journal of International Law*, 3 (2011), pp. 617, 630-631 (حيث يضاف مع ذلك أن "الأمر ليس بهذه البساطة لأن الممارسة المستقرة لها في الوقت نفسه طابع يُعزى إلى نشأتها في المنظمة: فهي تقوم في جانب كبير منها على القانون الثانوي للمنظمة، أي على القرارات والمقررات الملزمة الصادرة عن أجهزتها"). ومثل هذا القانون العرفي يتضمن "في المقام الأول قواعد تتعلق بالعلاقات بين أجهزة المنظمات، وبين هذه المنظمات وموظفيها" (Wolfke، الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ٨٠). وهذا "العرف" لا يدخل في نطاق الموضوع قيد النظر.

(١٧٣) انظر على سبيل المثال أيضا: Pellet، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحتين ٨١٦ و ٨١٧ ("... ممارسات المنظمات [الدولية] نفسها يمكن أيضا أن تكون ذات أهمية كبرى في إثبات توافر الركن المادي. غير أنه من الضروري في هذا الصدد التمييز من جهة بين الممارسة الداخلية ذات الطابع المؤسسي البحت التي تنشئ قاعدة عرفية تدرج في إطار "القانون الخاص" بالمنظمة المعنية، وبين إسهام المنظمة (المنظمات) من جهة أخرى في نشأة قواعد عامة من قواعد القانون العرفي واجبة التطبيق خارج إطار المنظمة") (الإشارات المرجعية محذوفة)؛ و Barberis، الحاشية ١٤٥ أعلاه، الصفحة ٣٣ ("بالنسبة إلى ممارسة المنظمات الدولية، من الضروري التمييز بين النشاط ذي الصلة بالنظام القانوني الداخلي للمنظمة الذي تقوم به داخلها الأجهزة التابعة لها، والأنشطة التي تقوم بها هذه الأجهزة على الصعيد الدولي. فالنشاط المؤدى داخل المنظمة يمكن أن يتمخض عن قواعد عرفية تعتبر جزءا من النظام القانوني الداخلي لتلك المنظمة ... غير أن ممارسة المنظمة على الصعيد الدولي يمكن أن تنشئ قواعد عرفية دولية"). وللإطلاع على نهج مفاهيمي مغاير مفاده أن "أغلب قرارات المنظمات الدولية لها [اليوم] أثر شارع على الصعيدين الداخلي والخارجي ... [وأن] الحد الفاصل بين وضع القوانين داخليا وخارجيا آخذ في التلاشي"، انظر: Wouters and De Man، الحاشية ١٦٩ أعلاه، الصفحة ١٩٤. وتأتي في مذكرة الأمانة العامة ملاحظة مفادها أنه "في بعض الحالات، أشارت اللجنة إلى إمكانية تطور ممارسة منظمة دولية لتصبح عرفا محددًا لتلك المنظمة. وقد تتصل تلك الأعراف بجوانب متعددة في وظائف المنظمات أو أنشطتها، من قبيل سلطة منظمة دولية في مجال وضع المعاهدات أو القواعد المنطبقة على المعاهدات التي تعتمد في إطار المنظمة" (الملاحظة رقم ١٤).

(١٧٤) قالت ماليزيا في المناقشات التي أجرتها اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤ إنه "بالنظر إلى الاختلافات الملاحظة بين المنظمات الدولية من حيث عضويتها وهيكلها التنظيمي، ينبغي ألا يُفترض لأغراض إثبات القانون الدولي العرفي أن إتيان أي واحدة من تلك المنظمات أعمالا معينة أو امتناعها عن تلك الأعمال يمثل الممارسة العامة التي تتبعها الدول"؛ وبالمثل ذكرت سنغافورة أن "من اللازم توخي قدر كبير من الحذر عند البت في أهمية ما تقوم به المنظمات الدولية من أعمال، بما في ذلك امتناعها عن إتيان أعمال. وثمة تنوع كبير في الهياكل التنظيمية لهذه المنظمات وفي ولاياتها وتشكيله أجهزة صنع القرار بها والإجراءات التي تتبعها لاتخاذ تلك القرارات، وجميعها عوامل تؤثر في دور المنظمات المذكورة في نشأة القانون الدولي العرفي، إذا ما كان لها مثل هذا الدور" (البيانان متاحان إلكترونيا على بوابة الأمم المتحدة لخدمات توفير الورق (PaperSmart Portal) في الرابط التالي: <http://www.un.org/en/ga/sixth/>). انظر أيضا: Wouters

تكرر إعراب الدول الأعضاء صراحةً عن تأييدها (بطريقة أو بأخرى) لممارسات المنظمة، تعاضمت الأهمية التي يمكن أن تُسند إلى تلك الممارسات. وهذه الاعتبارات إنما تؤكد الدور المحوري للدول في العملية العرفية.

٧٤ - والممارسات المنسوبة إلى المنظمات الدولية يمكن أن تنشأ بطرق مختلفة، إلا أنه قد يصعب أحيانا رسم خطوط واضحة تفصل بينها. ويُذكر أولاً أن أعمال المنظمات الدولية يجوز أن تعكس ممارسات دولها الأعضاء والآراء التي تعتنقها^(١٧٦). وعلى نحو ما نوقش في الفرع الرابع أعلاه، فإن القرارات التي تصدرها أجهزة تتألف عضويتها من دول قرارات تعكس آراء الدول وتصويتها داخل تلك الأجهزة، ويجوز لذلك أن تشكل ممارسةً للدول أو أن تعد أدلة على توافر الاعتقاد بالإلزام^(١٧٧). وبالمثل، كثيرا ما تكون السياسات التي تعتمدها

and De Man، الحاشية ١٦٩ أعلاه، الصفحتين ١٩٠ و ٢٠٨ ("إن مسألة جواز إسناد التصرفات التي تأتيها المنظمات الدولية إلى جماعة الدول ككل مسألة معقدة، والجواب عليها يرتكز بعوامل شديدة التباين منها طبيعة المنظمة (أهي سياسية أم متخصصة؟)، ومدى اتساع عضويتها (أهي شاملة جامعة أم إقليمية ومحدودة؟)، وتشكيلة الجهاز ذي الصلة الذي يعتمد تدبيراً معيناً (أهي عامة أم جزئية؟)، والأسلوب المعمول به لاتخاذ القرار (أهو الإجماع وتوافق الآراء أم الأخذ برأي الأغلبية؟)".

(١٧٥) انظر Cahin، الحاشية ١١١ أعلاه، للاطلاع على دراسة شاملة لجميع جوانب المسألة. وانظر أيضاً: K. Skubiszewski، "Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes"، *International Organization*, 8 (1964), pp. 790, 791 ("العرف الدولي تعدله وتطوره ممارسة الدول والمنظمات الدولية، وخاصة المنظمات العالمية")؛ و I. Gunning، "Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights"، *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), pp. 211, 225 ("كلما ازداد عدد الدول واتسع نطاق تمثيل الدول التي تؤيد الوكالة ومن ثم إيكال السلطة إلى الوكالة المذكورة، زادت قوة الحجج الداعمة للقول بأن تصرفات الوكالة تنشئ قانوناً عرفياً")؛ و C.H. Alexandrowicz، *The Law Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations* (Angus and Robertson, 1973), at p. 98 ("وكالات الأمم المتحدة المتخصصة" تعتبر، بحكم كونها وكالات عالمية في الغالب، محفلاً مناسباً لتوليد قواعد عرفية تلقى قبولا عالمياً).

(١٧٦) يذكر كراوفورد في كتاباته أن "أنشطة المنظمات الدولية لا تندرج ضمن مصادر القانون الدولي التي ورد بيانها في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية. ولكنها تحتل مكانة تؤهلها للمساهمة في تطويره. ويعزى ذلك في المقام الأول إلى قدرة المنظمات الدولية على التعبير بصورة جماعية عن ممارسات الدول الأعضاء" (Crawford، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ١٩٢). انظر أيضاً: Gunning، الحاشية ١٧٥ أعلاه، الصفحة ٢٢٢ ("الدفع بأن المنظمات الدولية ينبغي لها أن تؤثر في العرف دفعاً يقوم على افتراض مفاده أن ممارسات المنظمات الدولية... تشكل إجراءً جماعياً من جانب الدول").

(١٧٧) انظر أيضاً: Prost and Clark، الحاشية ١٢٢ أعلاه، الصفحة ٣٦٠ ("مهما كانت درجة الأهمية التي تتسم بها القرارات في العملية العرفية المعاصرة، لا تزال هناك شكوك فيما إذا كانت المنظمات الدولية تمتلك فعلاً سلطة قانونية. ففي إعلان العرف وتبلوره وعملية تولده "الآني"، تكون استقلالية المنظمات الدولية في الواقع واجهةً رسمية في الأساس، في حين أن سلطة وضع القوانين - أي السلطة القانونية الحقيقية والجوهرية - تظل في الغالب في يد الدول الأعضاء. وتجدر الإشارة مرة أخرى إلى أن هذا الأمر ليس بأي

المنظمات الدولية والأعمال التي تأتيها محل دراسة متأنية و/أو تأييد من جانب الدول الأعضاء فيها.

٧٥ - وقد يؤدي سلوك المنظمات الدولية، ثانياً، إلى تحفيز ممارسات الدول. والواقع أن عمل المنظمات الدولية على الصعيد الدولي يمكن أن يدفع الدول إلى إتيان ردود أفعال يجوز اعتبارها ممارسة أو اتخاذها برهانا على آرائها القانونية^(١٧٨). وهذا هو الحال مثلاً عندما تعرض المنظمات الدولية مشاريع نصوص على الدول لمناقشتها أو عندما تقوم بأنشطة تفضي إلى رد فعل من جانب الدول. وتذكر بالمثل القرارات التي تعدها أو تؤيدها أجهزة المنظمات الدولية أو البيانات التي تصدر باسمها، وهي كثيراً ما تحفز صدور رد فعل من جانب الدول. والقرارات التي تحت الدول على اتخاذ إجراءات، كأن تعتمد تشريعاً وطنياً أو غير ذلك من التدابير المحلية، يجوز أيضاً أن تنشئ ممارسة من جانب الدول.

حال من الأحوال إنكاراً للدور الذي تؤديه المنظمات الدولية في توجيه ونمذجة سلطة الدول. ولكن واقع الحال أنه في الحالات التي يُرتأى فيها أن القرارات تشكل كلاً أو جزءاً قانوناً عرفياً، تظل الدينامية التفاعلية بين الدول محفوظة في جوهرها وتُقيّد استقلالية المنظمات الدولية عموماً بدوام عضوية الدول خلف ستار المنظمة^(١٧٩)؛ و Klabbers، الحاشية ١٦٦ أعلاه، الصفحة ١٨٨ (”في قضية لعلها تعتبر القضية الرئيسية التي تتناول في آن واحد موضوعي نشأة القانون الدولي العرفي وحظر القانون الدولي استعمال القوة، وهي قضية نيكاراغوا، تمسكت محكمة العدل الدولية بشدة بالرأي القائل بأن أنشطة المنظمات الدولية ونتائج المؤتمرات الدولية إنما هي، في نهاية الأمر، نتاج أعمال الدول“).

(١٧٨) انظر على سبيل المثال: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 258, para. 81* (تقرير الأمين العام للأمم المتحدة ”الذي اعتمدته مجلس الأمن بالإجماع“). وانظر أيضاً Cassese، الحاشية ٢٩ أعلاه، الصفحة ١٩٣ (”... تشجع الأمم المتحدة الدول على تكوين وجهات نظرها في مسائل كثيراً ما يُطلب إليها إبداء تعليقات بشأنها. وهذا الأمر يكفل كذلك جمع طائفة عريضة من البيانات يصعب في حالات أخرى الحصول عليها“)؛ و Charney، الحاشية ٥٢ أعلاه، الصفحتين ٥٤٣ و ٥٤٤؛ و D. Vignes، ‘The Impact of International Organizations on the Development and Application of Public International Law’, in in R. St. John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 809, 829، الحاشية ١٦٥ أعلاه، الصفحة ١٤٠ (”ليس اتخاذ القرارات النشاط الهام الوحيد التي تقوم به المنظمات الدولية لتوليد القواعد العرفية. فالكثير من الأجهزة الدولية يجري حواراً مع الدول بغية إقناعها باعتماد ممارسات مثلى معينة أو أشكال محددة من السلوك. وثمة أجهزة دولية قوية قد لا تكتفي بمحاولات الإقناع وتعتمد أيضاً إلى ممارسة بعض أساليب الضغط على دولة عضو“)؛ و L.-C. Chen، *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 346 (”خلافاً للاعتقاد الشائع بأن المنظمات [الحكومية الدولية] لا تتمتع بأي صلاحيات شائعة مباشرة، تؤدي هذه المنظمات دوراً تتعاضد أهميته كمحافل تسمح بقنوات للبيانات الصريحة والأعمال التعاونية التي تكون توقعات الأفراد فيما يتصل بالسياسات ذات الحجية التي تتبعها الجماعة. ويصح هذا القول خصوصاً فيما يتعلق بالأمم المتحدة والوكالات المنتسبة إليها“).

٧٦ - وثالثاً، يجوز القول بأن ممارسات المنظمات الدولية فيما يتعلق بسلوك المنظمة أو المنظمات الدولية في الساحة الدولية تشكل بطبيعتها ممارسات ذات صلة بنشأة القانون الدولي العرفي وتحديده^(١٧٩). ”ولعل أعمال الأجهزة الإدارية أو التنفيذية هي [إلى حد بعيد]

(١٧٩) انظر أيضاً: German Federal Constitutional Court, 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003, para. 52 (”لا بد أن تؤخذ في الاعتبار، عند التحقق من ممارسة الدول، التطورات الأحدث عهداً على الساحة الدولية، وهي تتسم بازدياد التمايز بين أشخاص القانون الدولي المعترف بها وتعددتها. وبناء على ذلك، تستدعي أفعال هيئات المنظمات الدولية ... اهتماماً خاصاً“)؛ و Jennings and Watts، الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحة ٤٧ (”المنظمات الدولية هي نفسها من أشخاص القانون الدولي. ويمكنها في حد ذاتها أن تنشئ ممارسات قد تكتسب، بمرور الوقت طابع القانون العرفي أو تساهم في تطويره، إذ ليس في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية ما يحصر العرف الدولي في ممارسة الدول دون غيرها. لكن الشخصية الدولية تحد من مجالات القانون الدولي التي يمكن لممارستها أن تؤثر فيها تأثيراً مباشراً“)؛ و Higgins، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٢٥ (”إن الممارسة المتكررة الصادرة عن الجهاز [التابع للأمم المتحدة] في مجال تفسير المعاهدات قد تنشئ ممارسة ترسخ كعرف في نهاية المطاف، إذا كانت المعاهدات تتناول مسائل تندرج ضمن القواعد العامة للقانون الدولي. ورغم أن ممارسة الجهاز قد لا تشكل أدلة جيدة على نية الدول الأطراف الأصلية، فإن لها قيمة ثبوتية كقانون عرفي. وهنا تُعتبر الأمم المتحدة طرفاً مشاركاً في العملية القانونية الدولية“)؛ و Skubiszewski، الحاشية ١٧٥ أعلاه، الصفحة ٧٩١ (”من المرجح أن يؤدي تطبيق القانون الدولي العرفي بواسطة أجهزة المنظمات وفي داخلها إلى نشوء قواعد جديدة“)؛ و L. Boisson de Chazournes، “Qu’est-ce que la pratique en droit international?”، in Société française pour le droit international, *La pratique et le droit international: Colloque de Genève* (Pedone, 2004), at pp. 13, 38 (”بصفة عامة، تساهم المنظمات الدولية، بوصفها من أشخاص القانون الدولي، في تشكيل القانون الدولي. ولهذا المساهمة أوجه مختلفة، تُظهر هنا أيضاً الطابع التعددي للممارسة ... فالمنظمة الدولية يمكن أن تكون آلية للممارسة بالنسبة للدول الأعضاء فيها. ويمكن أن تكون لها ممارسة خارجية خاصة بها تتجلى عبر أجهزتها السياسية والتكاملية. ويمكن أيضاً أن تنشئ ممارسات خاصة بها في نظامها الداخلي“)؛ و Danilenko، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٢٠ (”لا جدال في أن ممارسات الدول لها تأثير حاسم على نشأة العرف. وفي الوقت ذاته، يُسلم عموماً بأن ممارسات المنظمات الدولية تساهم أيضاً في نشوء القواعد العرفية في مجالات اختصاصها“)؛ و Henckaerts and Doswald-Beck، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة الحادية والأربعين (”للمنظمات الدولية شخصية قانونية دولية ويمكنها أن تشارك في العلاقات الدولية بصفقتها هذه على نحو مستقل عن الدول الأعضاء فيها. وفي هذا المجال، يمكن لممارستها أن تساهم في نشأة القانون الدولي العرفي“)؛ و V. Lowe، “Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?”، in M. Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), at pp. 149, 158 (”كما أنني لا أطرح سؤالاً عن جواز اعتبار هذه البيانات الصادرة عن الجماعة [الأوروبية] من ممارسات الدول في إطار المادة ٣٨-١ (ب) من النظام الأساسي للمحكمة [الدولية]. فمن الواضح أن من الممكن اعتبارها كذلك لكونها أعمالاً أتمتها شخصية دولية“)؛ و M. Akehurst، “The Hierarchy of the Sources of International Law”، *British Yearbook of International Law*, 47 (1975), pp. 273, 281 (”الكثير من أعمال المنظمات الدولية ليس في حد ذاته مصدراً من مصادر القانون الدولي، إما لأنه مجرد جزء من الممارسة التي ينبثق منها القانون الدولي العرفي أو لأنه لا يفعل إلا تسجيل اتفاقات بين الدول (أو وعود قطعها)“) (التوكيد مضاف)؛ و Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ٢٠١

المثال الأفضل^(١٨٠) على هذا الأمر ذي الصلة بما يُسمى “الأنشطة التنفيذية” للمنظمات، وهي أنشطة تُعتبر قريبة الشبه بالأنشطة التي تضطلع بها الدول. وقد عرّف أحد المؤلفين هذه الأنشطة بقوله إنها “الأعمال البرنامجية التي تضطلع بها المنظمات الدولية في إطار مهمتها الشاملة أو تنفيذاً لولاية محددة”^(١٨١). وتباين هذه الأنشطة بشدة وقد تتنوع، وفقاً للوظائف والسلطات المسندة إلى المنظمات الدولية، بين تدابير إنفاذ كالتى تعتمد عليها الأمم المتحدة ومهام وديع للمعاهدات كالتى تؤذيها الأمانة العامة. وفيما عدا هذه الميادين، ليس من المرجح أن ترقى إلى مرتبة الممارسة الأعمال التي تأتيها الأمانة العامة والآراء التي تعتمد عليها^(١٨٢).

(”ما استُحسنَت تسميته تقليدياً ممارسة الدول ... هو، على نحو أدق، ممارسة أشخاص القانون الدولي“؛ و ILA London Statement of Principles, p. 19 (”ممارسة المنظمات الحكومية الدولية في حد ذاتها شكل من أشكال ممارسة الدول“).

(١٨٠) Sloan، الحاشية ١١٩ أعلاه، الصفحة ٧٤ (حيث ذهب إلى أن ”كون المنظمات الدولية من أشخاص القانون الدولي يجعل ممارسة المنظمات ذات أهمية أيضاً في نشوء العرف“). انظر أيضاً: O. Schachter, “The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat”, *British Yearbook of International Law*, 25 (1948), pp. 91, 93 (”حيث يشار إلى تدخل الأمين العام للأمم المتحدة“ في مسائل هامة تثير الجدل السياسي، وهو التدخل الذي ”يكاد أن يكون مقتصرًا دائماً على عرض بيانات قانونية“).

(١٨١) Johnstone، الحاشية ١٦٩، الصفحة ٩٤ (إلا أن هذا المرجع يناقش هذه الأنشطة في سياق مختلف بعض الشيء؛ ويميزها ”عن الوظائف الشارعة الأكثر صراحة التي تضطلع بها المنظمات الدولية، مثل وضع المعاهدات أو اعتماد الهيئات الحكومية الدولية القرارات والإعلانات واللوائح“). انظر أيضاً: K. Schmalenbach, “International Organizations or Institutions, General Aspects”, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (2014), para. 79 (”بعض المنظمات يعمل في الميدان نفسه الذي تعمل فيه الدول أو بنفس الأسلوب الذي تتبعه. وفي تلك الحالات، يساهم الطرفان بممارساتهما وما توافر لديهما من اعتقاد بالإلزام في إنشاء قواعد القانون العرفي ذاتها، شريطة ألا تقتضي الطبيعة الخاصة للمنظمة الدولية إجراء تعديلات“؛ و Crawford، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحة ١٩٥ (”قد ترم المنظمات اتفاقات مع دول أعضاء أو غير أعضاء فيها ومع غيرها من المنظمات، ويمكن أن تقدم مطالبات دولية وأن تصدر بيانات رسمية عن مسائل تمسها. ومع مراعاة ما ورد آنفاً عن ضرورة توخي الحرص عند تقييم أعمال الأجهزة السياسية، توفر ممارسات المنظمات أدلة على القانون. ويجوز إضافة إلى ذلك أن يؤثر سلوك المنظمات الدولية في الميدان“ على الخطاب السائد في مجال القانون الدولي، فيؤثر بطريق غير مباشر على نشأة العرف“).

(١٨٢) انظر: Corten، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ١٧٣ (”من المعتاد أن يعرب الأمين العام للأمم المتحدة عن موقفه إزاء مشروعية عملية عسكرية ما ... وهذه المواقف جديرة بالاهتمام لكونها قادرة على إثارة ردود أفعال رسمية من جانب الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. ولكن الإعلان الصادر عن الأمين العام لا يمكن في حد ذاته أن يلزم الأمم المتحدة قانوناً كمنظمة دولية. ولا يمكن من باب أولى أن يلزم الدول الأعضاء في المنظمة“).

٧٧ - وأوضح مظاهر مساهمة المنظمات الدولية نفسها في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي وتحديددها هي تلك التي تتجلى عندما توكل الدول إلى المنظمات اختصاصات الدولة: أي "عندما تحل المنظمة الدولية، كلياً أو جزئياً، محل الدول الأعضاء بها في مجال العلاقات الدولية، كما هو الحال بالنسبة [للاتحاد الأوروبي]، فتصبح ممارستها ذات أهمية في مجالات أكثر عمومية [من مجال المسائل القانونية ذات الصلة المباشرة بمشاركتها في العلاقات الدولية]" (١٨٣). ويجوز عملياً مساواة هذه الممارسات بممارسات الدول. وإن لم يساوِ المرء بين ممارسة تلك المنظمات الدولية وممارسات الدول، فسيعني ذلك كما أوضح التقرير الثاني أن الأمر لن يقتصر على عدم الاعتداد بممارسة المنظمة المعنية فحسب بل وسيعني أيضاً أن الدول الأعضاء فيها ستُحرم هي نفسها من المساهمة في ممارسات الدول أو ستنقص من قدرتها على المساهمة فيها (١٨٤).

٧٨ - وأينما كانت ممارسات المنظمات الدولية احتمالاً ممارسات ذات صلة، جاز أيضاً أن تصح فيما يتعلق بممارستها الاعتبارات التي وردت في هذا التقرير وسابقيه ومشاريع الاستنتاجات المنطبقة على ممارسات الدول، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال (١٨٥).

٧٩ - وفي ضوء ما سبق، لا يُقترح إدخال أي تعديل على الفقرة ٢ من مشروع الاستنتاج ٤ [٥] بصيغتها التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٤، ونصها

(١٨٣) Treves، الحاشية ٥٤ أعلاه، الفقرة ٥٢. انظر على سبيل المثال: *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber of the International Tribunal for the Former Yugoslavia), 2 October 1995, para. 115 (حيث يُشار إلى إعلانات صادرة عن مجلس الاتحاد الأوروبي).

(١٨٤) A/CN.4/672، الفقرة ٤٤. في سياق المناقشات التي أجرتها اللجنة السادسة في عام ٢٠١٤، شدد ممثل الاتحاد الأوروبي على أنه "في المجالات التي تقضي فيها القواعد الواردة في معاهدات الاتحاد الأوروبي بأن الاتحاد وحده هو الذي يجوز له التصرف، فإن ممارسات الاتحاد هي التي ينبغي الاعتداد بها فيما يتعلق بنشأة القانون الدولي العرفي، مقترنة بتنفيذ الدول الأعضاء لتشريعاته" (انظر المحضر الموجز؛ ويمكن الاطلاع على البيان في بوابة الأمم المتحدة لتوفير الورق (PaperSmart Portal) على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.un.org/en/ga/sixth>). انظر أيضاً: J. Vanhamme, "Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution", *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), pp. 127, 130 ("يمكن [] القول بثقة إن كل علاقات الاتحاد الأوروبي الخارجية المستندة إلى معاهدة الجماعة الأوروبية تُعتبر ممارسات ذات صلة في إطار القانون الدولي")؛ و F. Hoffmeister, "The Contribution of EU Practice to International Law", in M. Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), at pp. 37-128. وتنص المعاهدات التأسيسية للاتحاد الأوروبي على أن الاتحاد "يساهم ... في مراعاة القانون الدولي بشكل دقيق وفي تطويره" (معاهدة الاتحاد الأوروبي، المادة ٣، الفقرة ٥).

(١٨٥) A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٤٣.

كالتالي: ”في بعض الحالات، تساهم ممارسات المنظمات الدولية أيضا في نشأة قواعد القانون الدولي العرفي أو في التعبير عنها“. ولكن من المقترح لإيضاح الموقف إزاء الجهات من غير الدول، على نحو ما أبانته المناقشة التي أجريت في عام ٢٠١٤، أن تُحذف عبارة ”أساسا“ الواردة في الفقرة ١ من مشروع الاستنتاج ٤ [٥] (بصيغتها التي اعتمدها لجنة الصياغة بصفة مؤقتة) وأن تضاف فقرة جديدة ثالثة على نحو ما يلي:

مشروع الاستنتاج ٤ [٥]

شرط توافر الممارسة

...

٣ - لا يُعتبر سلوك الجهات الأخرى من غير الدول ممارسةً لا لأغراض نشأة القانون الدولي العرفي و لا لتحديده.

سابعاً - العرف المعين

٨٠ - اتجه التركيز في بحث هذا الموضوع حتى الآن إلى القانون الدولي العرفي ”العام“، أي قواعد القانون الدولي العرفي ”العامة التطبيق والصالحة للدول كافة“^(١٨٦). ويجوز مع ذلك أن تكون هناك قواعد للقانون الدولي العرفي لا تلزم إلا دولاً معينة. وهذا ما أقرته محكمة العدل الدولية^(١٨٧) وأيده عدد من قضائها أيضاً^(١٨٨)، وحذت حذوهم المحاكم الوطنية^(١٨٩)

^(١٨٦) *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I. C. J. Reports 1984*, p. 246, at pp. 292-293, para. 90 (”... مبادئ سبق أن أكدها بوضوح القانون الدولي العرفي، مبادئ تُعتبر، لهذا السبب وبما لا يدع مجالاً للشك، عامة التطبيق وصالحة للدول كافة“).

^(١٨٧) انظر: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I. C. J. Reports 1950*, p. 276, at p. 266 (حيث تناولت المحكمة دفع كولومبيا بوجود ”عرف مزعوم، إقليمي أو محلي، خاص بدول أمريكا اللاتينية“؛ و *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I. C. J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200 (”عرف محلي“؛ و *Case concerning Right of Passage over Indian Territory [القضية المتعلقة بحق المرور فوق الإقليم الهندي] (Merits), Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960*, p. 6, at p. 39 (”عرف محلي“؛ و *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 105, para. 199 (”... القانون الدولي العرفي، سواء أكان من النوع العام أم ذلك النوع المعين الخاص بالنظام القانوني المشترك بين البلدان الأمريكية“؛ و *القضية المتعلقة بتزاع الحدود [Frontier Dispute, Judgment, I. C. J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 21 (”... ليس بوصفها مجرد ممارسة تساهم في النشوء التدريجي لمبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي، يقتصر أثرها على القارة الأفريقية كما كان الحال في السابق في بلدان القارة الأمريكية الناطقة باللغة الإسبانية

والحكومات^(١٩٠) علاوة على الكتاب^(١٩١). وهذه القواعد هي قواعد العرف "المعين"، وتسمى أيضا قواعد العرف "الخاص"، وتتجلى في الأغلب في شكل عرف إقليمي أو عرف محلي (ثنائي)^(١٩٢).

...؛ و[التراع المتعلق بحقوق الملاحة والحقوق المتصلة بها (كوستاريكا ضد نيكاراغوا)] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 213, at p. 233, para. 34, 36 ("قانون دولي عرفي ... إما بنطاقه العالمي أو نطاقه الإقليمي الطابع ... عرف عالمي أو إقليمي").

(١٨٨) انظر على سبيل المثال: [قضية الولاية على مصائد الأسماك (المملكة المتحدة ضد أيسلندا) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 3, at pp. 79, 94 (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو) ("الأعراف أو الممارسات الإقليمية، وكذلك الأعراف الخاصة")؛ و *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at pp. 62 (الرأي المخالف للرئيس بوستاماني إي ريفيرو) ("قانون عرفي إقليمي")؛ و *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 290-291 (الرأي المستقل للقاضي عمون).

(١٨٩) انظر على سبيل المثال: [قضية نكوندو ضد وزير الشرطة وشخص آخر] *Nkondo v. Minister of Police and Another*, South African Supreme Court (Orange Free State Provincial Division), 7 March 1980, 82 *International Law Reports* (1990), 358, 368-375 (حيث ارتأى القاضي سماتس أنه لا أدلة على وجود ممارسة طويلة الأمد بين جمهورية جنوب أفريقيا وليسوتو تبلورت لتصبح حقاً عرفياً محلياً في المرور العابر دون الخضوع لإجراءات الهجرة)؛ و [قضية التبليغ بأمر الحضور في الإجراءات الجنائية] *Service of Summons in Criminal Proceedings* case, Austrian Supreme Court, 21 February 1961, 38 *International Law Reports* (1969), 133, 135 (حيث يُشار إلى "القواعد العامة للقانون الدولي التي تنطبق على القارة الأوروبية").

(١٩٠) انظر على سبيل المثال الإشعار الصادر عن وزارة الخارجية الاتحادية السويسرية في ١٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٣ الذي أفاد بأن مبدأ عدم الإعادة القسرية تطور فأصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي الإقليمي في أوروبا (L. Caflisch, 'Pratique suisse en matière de droit international public 1993', *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 5 (1994), 601-603 Questions relating to the *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Supplementary replies from Belgium to the question put to it by Judge Greenwood at the close of the hearing held on 16 March 2012, paras. 21 and 37-38 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17640.pdf>)).

(١٩١) انظر، على سبيل المثال، K. Skubiszewski، الحاشية ٤٣ أعلاه، الصفحة ٨٣٠ ("عمومية [الممارسة] لا تعادل عالميتها، ولفظة "تواتر" هي في هذا الموضع [أي في المادة ٣٨ - ١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية] نسبية. وفي مختلف ميادين الأنشطة الخارجية التي تنفذها الدول، ينطبق هذا اللفظ على مجموعات من الدول قد يتسع نطاقها أو يضيق")؛ و Thirlway، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحتين ٨٨ و ٨٩ ("إن لم تكن الممارسة والاعتقاد بالإلزام عامين، واقتصرا على دول تنتمي إلى مجموعة يمكن تحديدها أو تربطها بشكل آخر مصلحة مشتركة، يجوز أن ينشأ العرف أيضا ولكنه لن ينطبق إلا فيما بين أعضاء تلك المجموعة ولن يتسنى إنفاذه على دول أخرى أو الاعتماد عليه فيما يتعلق بها")؛ و Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ١٩١؛ و *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, Section 102, comments b, e (حيث يُشار إلى كل من "القانون العرفي المعين"

٨١ - وكثيراً ما تُلزم قواعد العرف المعين الدولَ الكائنة في منطقة جغرافية معينة أو الدول التي تشكل مجموعة ذات مصلحة مشتركة^(١٩٣)، إلا أنه من الجائز أيضاً أن تكون قواعد ثنائية: فكما قالت المحكمة الدولية في قضية حق المرور، "من الصعب تبين سبب الجزم بأن الدول التي يجوز أن ينشأ بينها عرفٌ محلي نابع من ممارسة طويلة الأمد لا بد أن يزيد عددها على اثنتين"^(١٩٤). وهكذا يكون الفارق بين القانون الدولي العرفي العام والقانون الدولي

و "العرف العام والخاص". ومسألة تراتبية القواعد العامة والمعينة في القانون الدولي العرفي لا تندرج في نطاق الموضوع قيد الدراسة.

(١٩٢) أشار باديفان إلى العرف "النسي" (J. Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", 58 *Recueil des*) (1936), p. 486؛ وأشار كوهين - جوناثان إلى "العرف المحلي" (G. Cohen-Jonathan, "La coutume locale", *Annuaire français de droit international*, 7 (1961), pp. 119, 120)؛ وماكغيبون إلى "الأعراف الخاصة أو الاستثنائية" (MacGibbon، الحاشية ٤٣ أعلاه، الصفحتان ١١٦ و ١١٧). واقترح آيكهيرست "استعمال مصطلح 'العرف الخاص' ليشمل الأعراف الإقليمية وسائر الأعراف التي تتبعها مجموعات محدودة من الدول" (Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٢٩)؛ ويشير وولفكه إلى ما يسميه "القواعد العرفية الاستثنائية" (Wolfke، الحاشية ٣٢ أعلاه، الصفحة ١٣). وانظر أيضاً: V.D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), at pp. 243-244 ("قد يكون مفيداً إدخال بعض الترتيب على هذه المصطلحات، إذ أن القواعد العرفية من هذا النوع ليست كلها واحدة... بيد أن كل القواعد العرفية من هذا النوع تتقاسم بعض الخصائص المشتركة في إطار القانون الدولي. ولذلك ينبغي أن تكون مشمولة بمسمى عام هو "العرف المعين" لتمييزها عن القانون العرفي العام"). وانظر من جهة أخرى: J.M. Gamio, "Costumbre Universal y Particular", in M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Vol. 1 (Fundación de cultura universitaria, 1994), at pp. 69-98 (حيث يذهب المؤلف إلى أنه ليس من الصواب التحدث عن عرف معين، إذ أن أوجه التباين بينه وبين العرف العام تبلغ من الشدة ما يجعله في الواقع مصدراً قانونياً متميزاً، ذا صلة بمبادئ القانون العامة أو بالمعاهدات أو ثقت من صلته بالعرف).

(١٩٣) انظر أيضاً: A. G. Koroma، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ١٠٦ ("العرف الخاص يتخذ شكل قاعدة عرفية تنشأ بين دولتين أو مجموعة من الدول أو في منطقة معينة")؛ و Wolfke، الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ٩٠ ("من المؤكد أن تقسيم قواعد معينة من قواعد القانون الدولي العرفي قد يركز أيضاً إلى معايير متنوعة بخلاف المعايير الجغرافية - كالمعايير السياسية، مثلاً، أو الإثنية أو الاقتصادية أو الدينية أو معيار العضوية في منظمات وما شابه ذلك")؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٥٦ ("يمكن تصور وجود قانون عرفي خاص غير إقليمي كذلك الذي ينشأ مثلاً بين دول تشترك في مصالح اجتماعية - اقتصادية واحدة أو بين دول لا يجمعها في نهاية الأمر إلا الاهتمام بالقاعدة العرفية")؛ و O. Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", *African Journal of International & Comparative Law*, 8 (1996), pp. 67, 72 ("لا يُطلب للاعتداد بممارسة الدولة إلا الاهتمام بموضوع معين، و [] أسباب هذا الاهتمام قد تكون متصلة باعتبارات جغرافية أو غير متصلة بها")؛ و Rosenne، الحاشية ١١٤ أعلاه، الصفحة ٦٨.

(١٩٤) *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I. C. J. Reports 1960, p. 6, at p. 39 (حيث يضاف أن "الحكمة لا ترى سبباً يمنع ممارسة مستقرة منذ أمد طويل بين دولتين تقبلانها لتنظيم علاقتهما من تشكيل الأساس للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدولتين").

العرفي المعين "بسيطاً من الناحية المفاهيمية: فالقانون العرفي العام ينطبق على جميع الدول، في حين أن العرف المعين يتناول العلاقات بين مجموعة من الدول أقل عدداً"^(١٩٥).

٨٢ - وتنشئ قواعد العرف المعين من الممارسة المقبولة بمثابة قانون التي تنشأ بين عدد محدود من الدول، فلا تلزم دولاً ثالثة لم تشارك في الممارسة ولم تعرب عن شكل من أشكال القبول بإلزامها بها^(١٩٦). ويمكن أن "تتطور تطوراً ذاتياً أو أن تنجم عن تجزئة قاعدة عرفية عامة بل وقاعدة تعاهدية"^(١٩٧)، مما يسمح "بمراعاة الظروف الجغرافية والتاريخية والسياسية الخاصة [بالدول] المعنية، لدى وضع أو تكييف قواعد لا تنطبق إلا في نطاق إقليمي محدود"^(١٩٨). وليس من المستبعد أن تتطور هذه القواعد بمرور الوقت فتصبح من قواعد القانون الدولي العرفي العام^(١٩٩).

انظر أيضاً: *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 213, at pp. 265-266, paras. 140-144.

A.A. D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law", *American Journal of* (١٩٥) M. S. McDougal and H. D. Lasswell, "The: انظر أيضاً: *International Law*, 63 (1969), pp. 211, 212 Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", in *International Law in the Twentieth Century* (American Society of International Law, 1969), at pp. 169, 178 "نمّة تشريعات تنطبق على البشرية قاطبة؛ ونمّة تشريعات أخرى تقبل بالتوجه الذاتي لوحداث أصغر حجماً"). ولاحظ ثيرلواي مع ذلك أنه "فيما يتعلق بمسائل القانون العرفي المحلي عموماً، قد يصعب في كثير من الأحيان التحقق بدقة من حدود "الجماعة" التي ينبغي اعتبار العرف محل النظر منطبقاً عليها": Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ١٣٥.

(١٩٦) انظر أيضاً: Thirlway، الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحات ١١٩٨-١٢٠٠؛ MacGibbon، الحاشية ٤٣ أعلاه، الصفحة ١١٧ ("كما هو الحال بالنسبة لجميع أنواع القواعد العرفية، تكون النشأة عملية بسيطة وتتألف تحديداً من حق يُطالب به من جهة وموافقة صريحة عليه أو إقرار له من جهة أخرى").

(١٩٧) M.E. Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٥٦.

(١٩٨) *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at p. 333 (الرأي المخالف للقاضي أزيفيدو الذي يشير فيه إلى مسألة اللجوء الدبلوماسي في أمريكا اللاتينية). وأشار دوبيوي في هذا السياق إلى ميزة "تعدد الأعراف" (R.-J. Dupuy, "Coutume Sage et Coutume" Sauvage", in *La communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau* (Pedone, 1974), at (pp. 75, 82).

(١٩٩) انظر أيضاً: Barboza، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ١٤ ("العرف الخاص، أي العرف الذي يُلزم لأسباب محددة عدداً معيناً من الدول، قد يظل على حاله وقد يتغير بأن يشيع استعماله فيصبح عرفاً عالمياً. وقد يظل العرف الإقليمي إقليمياً إلى الأبد وقد يغدو بالياً، وفي الحالتين يكون الرضا هو العامل الرئيسي. وقد يتبدل أيضاً فيصبح عرفاً عالمياً").

٨٣ - وعند البت في مسألة وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي المعين، تطبق محكمة العدل الدولية المادة ٣٨-١ (ب) من نظامها الأساسي^(٢٠٠). ولكن ينبغي، في ضوء طبيعة العرف المعين التي لا تلزم إلا عددا محدودا من الدول، أن يتبين بوضوح أي الدول شارك في الممارسة وقبلها بمثابة قانون^(٢٠١). وبذلك يُطبق معيار صارم^(٢٠٢).

(٢٠٠) انظر: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 276 ("الطرف الذي يعتمد على عرف من هذا النوع لا بد أن يثبت أن ذلك العرف قد استقر بحيث أصبح ملزما للطرف الآخر. ولا بد أن يثبت أن القاعدة التي يستظهر بها متسقة مع استعمال مستمر وموحد درجت عليه الدول المعنية، وأن هذا الاستعمال تعبير عن حق [أو واجب] ... وينبثق هذا المطلب عن المادة ٣٨ من النظام الأساسي للمحكمة، التي تشير إلى العرف الدولي باعتباره "بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال"). انظر أيضا: L. Crema, "The 'Right Mix' and 'Ambiguities' in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case", in N. Boschiero et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), at pp. 65, 66؛ و O. Elias، الحاشية ١٩٣ أعلاه، الصفحتين ٧٥ و ٧٦. وانظر من ناحية أخرى: *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 130-131 (الرأي المستقل للقاضي عمون)؛ و A. A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 249-250.

(٢٠١) *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I. C. J. Reports 1950*, p. 266, at p. 276. انظر أيضا: *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27th, 1952: I. C. J. Reports 1952*, p. 176, at p. 200 و *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, at pp. 130-131 (الرأي المستقل للقاضي عمون) ("رغم أن القاعدة العامة من قواعد القانون العرفي لا تستلزم موافقة جميع الدول، كما يتبين صراحة من صيغة [المادة ٣٨، الفقرة ١ (ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية] ... لا يصح هذا الأمر في حالة القاعدة العرفية الإقليمية، بالنظر إلى صغر عدد الدول المراد أن تُطبق القاعدة المذكورة عليها وقد رُتقا على الموافقة عليها. ففي غياب الموافقة الصريحة أو الضمنية، لا يمكن أن يُفرض عرف إقليمي على دولة ترفض قبوله")؛ و *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I. C. J. Reports 2009*, p. 213, at p. 279, para. 24 (الرأي المستقل للقاضي سيبولفيدا - أمور)؛ و Waldock، الحاشية ٣٣ أعلاه، الصفحة ٥٠ ("للاستظهار بعرف [عام] ضد دولة ما، ليس من الضروري أن يثبت قبول الدولة تحديدا بهذا العرف بمثابة قانون؛ فقبولها للعرف أمر يُسلم به مما يلزمها باتباعه، إلا إذا كان بإمكانها ... أن تقدم أدلة على معارضتها الفعلية للممارسة ذات الصلة. والمحكمة عند تطبيقها عرفا عاما من الجائز جدا أن تحيل إلى ممارسة الأطراف المختصة فيما يتعلق بهذا العرف، إن وُجدت؛ ولكنها حتى يومنا هذا لم تعتبر قط أن الأدلة على قبول الأطراف بالممارسة شرط لا بديل عنه لتطبيق العرف عليها. ومن البديهي أن يتغير الموقف تماما عندما يتعلق الأمر بعرف معين بين دولتين أو ثلاث، كما هو الحال في قضية حق المرور، إذ أنه ينطوي على إبطال للقانون العام كما يُعتبر قبول أطراف الدعوى أنفسهم بالعرف المذكور الأساس الجوهري الذي تركز إليه القاعدة الاستثنائية")؛ و Pellet، الحاشية ٢٠ أعلاه، الصفحتين ٨٣٠ و ٨٣١.

(٢٠٢) انظر أيضا: M. Forteau, "Regional International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 20 ("ثمة بديل واحد: إما أن يكون العرف المزعوم ذا طابع عام فيتعين

على المدعي إثبات أن هناك ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون تنبثق عن أغلبية الدول؛ أو أن يُعتبر عرفاً إقليمياً أو محلياً أو ثنائياً في طابعه، فيتعين على المدعي التقيّد بمقياس على قدر من الصرامة. وفي تلك الحالات، يكون العرف ذا طابع توافقي ولا بد من إثبات أن القاعدة التي يُستظهر بها ... متسقة مع استعمال مستمر وموحد درجت عليه [جميع] الدول المعنية (قضية حق اللجوء ٢٧٦)؛ و Crawford، الحاشية ١٠٣ أعلاه، الصفحتين ٢٤٦ و ٢٤٧ ("تناولت المحكمة مسألة وجود هذا "العرف الإقليمي أو المحلي المزعوم الخاص بدول أمريكا اللاتينية" [في قضية حق اللجوء] بوصفها مسألة ثنائية في واقع الأمر ... ويبدو من الواضح أن المحكمة، رغم استظهارها بالمادة ٣٨-١ (ب) من نظامها الأساسي، كانت تطبق معياراً للإثبات أشد صرامة مما كان من شأنها أن تطبقه على قاعدة "عالمية" من قواعد القانون الدولي ... ولا يعني هذا ضمناً أن العرف الإقليمي أو المحلي لا يمكن أبداً التعويل عليه، بل هو يعني ببساطة أن العرف المذكور لا بد من إثبات وجوده بين الدول الأطراف في النزاع تحديداً؛ ولا يهم إذا كانت "المنطقة" التي يُعمل فيها بالعرف تتكون من دولتين اثنتين أو اثنتين وعشرين ... وهذه النقطة تبينها بوضوح قضية حق المرور")؛ و J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10th edition (Montchrestien, 2012), at p. 72 ("لما كانت هذه القواعد خاصة بدول معينة، فلا بد من أن تُحدد على نحو قاطع الدائرة التي تؤلفها الأطراف المعنية وهو ما لا يتسنى عمله إلا بإثبات مشاركتها المباشرة. وتحدد من ناحية أخرى الإشارة إلى أن هذه الأعراف تزاحم الأعراف العامة، التي تتسم هي أيضاً بالطابع الإلزامي، في تنازع فعلي بينهما، أو هي تبطلها. ولذلك، ينبغي إثبات أن الدول المعنية أبرأت نفسها صراحة في العلاقات فيما بينها، وفي تلك العلاقات فحسب، من تطبيق القاعدة العامة")؛ و Shaw، الحاشية ٢٢ أعلاه، الصفحة ٦٦ ("في مثل هذه الحالات [المتعلقة بالعرف الإقليمي أو المحلي]، يكون معيار الإثبات المطلوب، لا سيما فيما يتعلق بالالتزام الذي قبله الطرف الذي يُحتج ضده بالعرف المحلي، أعلى درجة مما هو عليه في الحالات التي يُزعم فيها أن هناك عرف عادي أو عام ... فالعرف المحلي يستلزم قبول الطرفين (أو الأطراف كافة) فعلياً بالقاعدة. ويعزى ذلك إلى كون الأعراف المحلية جميعها استثناءات من الطابع العام للقانون العرفي، الأمر الذي يستتبع اعتماد الدول كافة مُجماً يتسم بقدر لا بأس به من المرونة إزاء وضع القوانين، ويعتبر من ناحية أخرى تذكرة بنظرية الرضا السابقة التي تقضي بأن الدول لا تُلزم إلا بما تُرضى به. والاستثناءات قد تثبت القاعدة، إلا أن إثباتها هي يحتاج إلى قدر من الأدلة أكبر مما يتطلبه إثبات القاعدة")؛ و Degan، الحاشية ١٩٢ أعلاه، الصفحة ٢٤٥ ("بالنسبة إلى الدول، أو غيرها من أشخاص القانون، التي كان دورها خاملاً في مجال إرساء الممارسات التي تنشئ القوانين والتي لم تبد اهتماماً بها ولا يمكن إثبات أن لديها اعتقاداً بالإلزام تجاهها، تعتبر القاعدة العرفية المعينة شيئاً حاصلًا بين أغيار [res inter alios acta]، مثلها في ذلك مثل المعاهدة بالنسبة للدول الثالثة غير المشاركة فيها. ولهذا الأسباب بالذات، توجد فروق مهمة فيما يتعلق بعبء إثبات وجود القواعد العرفية المعينة مقارنة بالعرف العام")؛ و Villiger، الحاشية ٤٦ أعلاه، الصفحة ٥٦ ("المقصود ضمناً هو أن القواعد الخاصة لا تختلف عن القواعد العامة إلا في أن نشأتها تستلزم من الدول التي تتبعها اعترافاً صريحاً (أو ضمناً) بها، وهي الدول التي يقع على عاتقها بالتبعية عبء إثبات وجود القواعد" (في معرض الإشارة إلى الحكم الصادر في قضية اللجوء)). وانظر من ناحية أخرى: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950*: I. C. J. Reports 1950, p. 266, at p. 294 ("ليس من الضروري أن يكون المبدأ أو العرف أو الفقه أو ما شابه ذلك مقبولاً من جانب كل دول العالم الجديد [القارة الأمريكية] لكي يُعتبر جزءاً من القانون الدولي الأمريكي [ملزماً لجميع دول العالم الجديد]. وينطبق ذلك القول على هذه الحالة كمثال انطباقه على القانون الدولي العالمي". وكان القاضي دي كاسترو قد قال إن "المحكمة لا بد أن تطبق [القانون الدولي العرفي العام] تلقائياً؛ ومن واجبه أن تنظر فيه انطلاقاً من المبدأ القانوني القائل بأن المحكمة أدري بالقانون [iura novit curia]. أما الأعراف أو الممارسات الإقليمية والأعراف الخاصة، فهي

٨٤ - ويُقترح إدراج مشروع الاستنتاج التالي ضمن مشاريع الاستنتاجات، ويمكن إيرادها في جزء سادس جديد يكون عنوانه "الاستثناءات من التطبيق العام لقواعد القانون الدولي العرفي":

مشروع الاستنتاج ١٥

العرف المعين

- ١ - العرف المعين قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا يجوز الاستظهار بها إلا من جانب دول معينة وضد دول معينة.
- ٢ - للبت فيما إذا كان هناك عرف معين وفي محتواه، من الضروري التحقق من وجود ممارسة عامة بين الدول المعنية يقبلها كل منها بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام).

ثامنا - المعارض المصير

٨٥ - رغم أن قواعد القانون الدولي العرفي (العام) "لا بد، بحكم طبيعتها، أن تتمتع بنفس القوة في نظر جميع أعضاء المجتمع الدولي ومن ثم لا يمكن أن ينطبق عليها أي حق انفرادي مبيح لاستبعادها يمارسه أي من أولئك الأعضاء كيفما شاء لخدمة مصالحه"^(٢٠٣)، فمن المسلم به عموماً أن الدولة التي تداوم على الاعتراض على قاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي العرفي، وتصر على اعتراضها هذا بعد تبلور القاعدة المذكورة، لا تُلزم بها^(٢٠٤). ويشار إلى هذا الأمر بعبارة "قاعدة المعارض المصير"^(٢٠٥).

وحدها التي ينبغي إثباتها": *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 3, at p. 79* (الرأي المستقل للقاضي دي كاسترو).

(٢٠٣) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at pp. 38-39, para. 63*.

(٢٠٤) تطبيق قاعدة المعارض المصير في سياق القواعد الآمرة في القانون الدولي (*jus cogens*) لا يدخل في نطاق الموضوع قيد الدراسة.

(٢٠٥) ينبغي بطبيعة الحال تمييز هذه القاعدة عن الحالات التي تلقى فيها القاعدة الناشئة معارضة تحول دون تبلورها في شكل قاعدة (عامة) ملزمة. وعلى حد قول القاضي عمون، "من نافلة القول الإسهاب في وصف العواقب التي تترتب بالنسبة لنمو العرف على ملاقاته معارضة لا يُشترط لزوماً أن تكون واسعة النطاق، فهي عواقب معروفة بما فيه الكفاية"، *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 3, at p. 308* (الرأي المستقل للقاضي عمون). انظر أيضاً: *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004), para. 148* (الرأي المستقل للقاضي أنغوبو) ("من أشد مفارقات

٨٦ - وتشير قرارات المحاكم والهيئات القضائية الدولية والمحلية إلى هذه القاعدة، ولا توجد قرارات تدحضها على نحو ما أكد بيان لندن الصادر عن رابطة القانون الدولي^(٢٠٦). وفي قضية اللجوء، ارتأت محكمة العدل الدولية أنه: لا يمكنها "الخلوص إلى أن الحكومة الكولومبية أثبتت وجود هذا العرف. وحتى لو أمكن جدلاً افتراض أن العرف نشأ بين دول معينة من دول أمريكا اللاتينية فحسب، فلا مجال إلى الاستظهار به ضد بيرو لأنها سلكت سلوكاً أبعد ما يكون عن التقيّد به، بل إنها رفضته بامتناعها عن التصديق على اتفاقيتي مونتيفيديو لعامي ١٩٣٣ و ١٩٣٩، وهما الاتفاقيتان الأوليتان اللتان تضمنتا [القاعدة المعنية]"^(٢٠٧). وفي قضية مصائد الأسماك، رأت المحكمة كذلك أن: "... قاعدة الأميال العشرة لم تكتسب الحجية التي تتسم بها القاعدة العامة في القانون الدولي. ويبدو على أي حال أن قاعدة الأميال العشرة لا يمكن أن تنطبق على النرويج لأنها داومت على الاعتراض على أي محاولة لتطبيقها على الساحل النرويجي"^(٢٠٨). وقد أشارت الآراء المنفردة للقضاة إلى هذه القاعدة في قضايا أخرى^(٢٠٩).

القانون الدولي العرفي أن الاعتراف به يرقن بتجليه في ممارسة الدول. غير أن الدول ترفض في بعض الأحيان الاعتراف بوجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي على أساس أن ممارسة الدول غير كافية لترسيخ ممارسة معينة بحيث تصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي. والدول برفضها ذاك، تحول دون ترسيخ الممارسة لتصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(٢١٠).

(٢٠٦) ILA London Statement of Principles, p. 27.

(٢٠٧) *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266, at (٢٠٧) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. انظر أيضاً: pp. 277-278*

.United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 107, para. 203

(٢٠٨) *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 131*

المؤلفين في أهمية الفقرات التي أتت في حكمي قضية مصائد الأسماك وقضية اللجوء مؤيدة لوجود قاعدة المعارض المصّر: انظر، على سبيل المثال، C. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", 241 *Recueil des Cours* (1993), pp. 284-287. J. I. Charney, "The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law", *British YearBook of International Law*, 56 (1985), pp. 1, 9-11. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations* (Clarendon Press, 1997), at p. 60, fn. 79. (حيث ذكر المؤلف فيما يتعلق بقضية اللجوء أن "هذه القضية تتعلق بمسألة وجود عرف محلي. والأعراف المحلية لا تنتج آثاراً عامة، ويجب على الدولة المدعية أن تقيم البرهان على أن الدولة التي تختصمها قبلت القاعدة. وبناء على ذلك، فإن قاعدة المعارض المصّر لا يمكن في الواقع أن تُطرح، بمعناها الحرفي، فيما يتعلق بالعرف المحلي"). وانظر رداً على ذلك: Mendelson الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحات ٢٢٨-٢٣٢؛ و D. Kritsiotis, "On the Possibilities of and for Persistent Objection", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010), pp. 121, 129. ("تري المحكمة ... أن هاتين القضيتين [قضية اللجوء المنظورة في عام ١٩٥٠ وقضية مصائد الأسماك المنظورة في عام ١٩٥١] كان موضوعهما إعمال مبدأ الإصرار على الاعتراض في الممارسة")؛

٨٧ - وفي حين يزعم البعض أن قاعدة المعارض المصير "لم تؤدِ على غير المتوقع إلا دوراً محدوداً في الخطاب القانوني الفعلي بين الدول"^(٢١٠)، فمن الملاحظ أن الدعاوى القضائية بصفة خاصة تسوق عدداً من الأمثلة على حالات التمسك فيها الدول الاعتماد على هذه القاعدة (وأقرت المحاكم والهيئات القضائية بوجودها)^(٢١١). وهناك إضافة إلى ذلك ممارسات أخرى للدول تؤيد هذه القاعدة^(٢١٢).

و Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحتين ٢٤ و ٢٥. وانظر أيضاً: H. C.M. Charlesworth, "Customary International Law and the Nicaragua Case", *Australian Yearbook of International Law*, 11 (1984-1987), pp. 1, 30 ("تقر المحكمة، في معرض مناقشتها لما إذا كانت هناك قاعدة عرفية تحظر التدخل، بجواز عدم إلزام المعارض المصير بقاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي").

(٢٠٩) انظر: *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I. C. J. Reports 1969, p. 3, at p. 97 (الرأي المستقل للقاضي باديسا نيرفو) والصفحة ٢٢٩ (الرأي المخالف للقاضي لاجس)؛ و *South West Africa, Second Phase*, *Judgment*, I. C. J. Reports 1966, p. 6, at p. 291 (الرأي المخالف للقاضي تانكا)؛ و *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1996, p. 226, at p. 312 (الرأي المخالف للقاضي شوييل).

(٢١٠) T.L. Stein, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", *Harvard International Law Review*, 26 (1985), 457, 463 أيضاً: P.-M. Dupuy, "A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'« objecteur persistant »", in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges offerts à Michel Virally (Pédone, 1991), at p. 266 ("إن قاعدة المعارض المصير، التي ينذر الاحتجاج بها أو لا يُحتج بها إطلاقاً في ممارسات الدول، وتخلو منها قرارات المحكمة، تبدو في الحقيقة آخذة في الزوال").

(٢١١) انظر، على سبيل المثال، مرافعات المملكة المتحدة والنرويج في قضية مصائد الأسماك (I. C. J. Pleadings, Vol. I, Contre-Mémoire de la Norvège, pp. 381-383, paras. 256-260; Vol. II, Reply of the United Kingdom, pp. 428-489, paras. 162-164; Vol. III, Duplique de la Norvège, pp. 291-296, paras. 346-353 و [جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد شركة FG Hemisphere Associates LLC] *the Congo v FG Hemisphere Associates LLC*, Hong Kong Court of Final Appeal FACV Nos, 5, 6 & 7 of 2010 (2011), para. 121 ("بما أنني لا أتكلم عن الوضع في البر الرئيسي، وليس بمقدوري التكلم عنه، فلا داعٍ يدعوني إلى الإفصاح عما إذا كنتُ أعتبر الحصانة التقييدية قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أم لا. وليست هناك حاجة إلى أن أثبت فيما إذا كان الإصرار على الاعتراض يأتي أثراً. ولئن استلزم الأمر ذلك، لكان على أن أقر بأن الصين كانت مصيرة على الاعتراض على الحصانة التقييدية")؛ و [قرارات المحكمة الدستورية الألمانية] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (German Federal Constitutional Court), vol. 46, Beschluss vom 13. Dezember 1977 (2 BvM 1/76), Nr. 32 (Tübingen, 1978), pp. 388-9, para. 6 ("لا يتعلق الأمر فحسب بدعوى يُنظر من خلالها فيما إذا كان بإمكان الدولة أن تعارض بنجاح منذ البداية تطبيق قاعدة عامة قائمة من قواعد القانون الدولي بأن تواظب على الاحتجاج بحقوقها (بالمعنى الوارد في حكم محكمة العدل الدولية في قضية مصائد الأسماك النرويجية، تقارير محكمة العدل الدولية ١٩٥١، الصفحة ١٣١)؛ بل إنه لا يمكن في الوقت الراهن افتراض أن مثل هذه

القاعدة العامة موجود بالفعل في القانون الدولي“؛ و [المدعون ضد مدير إدارة الهجرة] *C v Director of Immigration*, Hong Kong Court of Appeal [2010] HKCA 159 (2011), para. 68 (”مفهوم” المعارض المصير” مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام يبيح ”للدولة ... في سياق عملية تكوين قاعدة عرفية جديدة في القانون الدولي، أن تحل نفسها من تلك العملية وأن تعلن أنها غير ملزمة بها وتمسك بهذا الموقف“ (Fitzmaurice pp.99-100). ولا بد أن تكون أدلة الاعتراض واضحة“؛ و [جمهورية موريشيوس ضد المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية] *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (Arbitration under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea), Reply of the Republic of Mauritius (2013), p. 124, para. 5.11 (”قاعدة المعارض المصير” تقتضي من الدولة أن تبدي اعتراضا مستمرا أثناء نشأة القاعدة المعنية“؛ و [روتش ضد الولايات المتحدة] *Roach v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 3/87, Case 9647 (1987), para. 52 (”إثبات وجود قاعدة عرفية في القانون الدولي يتطلب أدلة على وجود ممارسة للدول واسعة النطاق. والمادة ٣٨ من النظام الأساسي لحكمة العدل الدولية تعرف ”العادات الدولية المرعية [باعتبارها] بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال“. غير أن القاعدة العرفية لا تلزم الدولة التي تحتج على القاعدة“؛ و *Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), paras. 48, 49 (”ما أن تستقر قاعدة القانون الدولي العرفي حتى تُلزم بها الدول كافة، فيما عدا الدول التي داومت على رفض الممارسة قبل أن تصبح قانونا. ولئن كانت الممارسة لا تتطلب قبولا عالميا بها لكي تصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، فإن القاعدة التي تقبلها أغلبية الدول ليس لها أثر ملزم على الدولة التي تداوم على رفض الممارسة المستندة إليها القاعدة ... وبما أن القانون الدولي العرفي يقوم على رضا الدول، فإن الدولة التي تصر على الاعتراض على قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا تُلزم بتلك القاعدة“؛ و [بمجموعة BG Group Plc ضد جمهورية الأرجنتين] *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, Final Award (24 December 2007), para. 410, fn. 328 (”ما أن تستقر قاعدة القانون الدولي العرفي حتى تُلزم بها الدول كافة، فيما عدا الدول التي داومت على رفض الممارسة قبل أن تصبح قانونا. ولئن كانت الممارسة لا تتطلب قبولا عالميا بها لكي تصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، فإن الدولة التي تصر على الاعتراض على قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا تُلزم بتلك القاعدة“؛ و [دي بلاك ضد جمهورية الأرجنتين] *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d (1992), 699, 715, para. 54 (”الدولة التي تصر على الاعتراض على قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي تقبلها دول أخرى، لا تُلزم بتلك القاعدة“؛ و [الليل ضد فرنسا] *El Leil v. France*, Application no. 34869/05, Judgment (European Court of Human Rights, Grand Chamber), 29 June 2011, para. 54 (حيث يُشار إلى أن أحكام المعاهدات يجوز أيضا أن تُلزم غير الأطراف في المعاهدة باعتبار [الأحكام] قانونا دوليا عرفيا ”شريطة ألا تلقى معارضة“ من غير الأطراف). وانظر أيضا: *G. Guillaume, Avis d'amicus curiae, Revue française de droit administratif*, 28 (2012), 19, 20, para. 11 (حيث يدفع المؤلف في تقرير لأصدقاء المحكمة، طلبه مجلس الدولة، بأن الدولة يمكن أن تعتبر معترضا مصرا إذا كانت القاعدة المشار إليها في المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (القواعد الآمرة) جزءا من القانون الدولي العرفي؛ ولم يتناول حكم مجلس الدولة القواعد الآمرة (انظر العدد ٣٠٣٦٧٨، ٢٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١١)).

(٢١٢) انظر، على سبيل المثال، بيان تركيا في إحدى الجلسات العامة لمؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار، الذي أتى فيه أن ”[تركيا] كانت، في المراحل التحضيرية للمؤتمر وأثناء المؤتمر نفسه، تداوم على الاعتراض على حد الاثني عشر ميلا. وفيما يتعلق بالبحار شبه المغلقة، فإن التعديلات التي قدمتها الوفود التركية والبيانات التي أدلت بها تُظهر رفض تركيا المستمر والقاطع قبول حد الاثني عشر ميلا في تلك البحار. وفي ضوء الاعتبارات السالفة الذكر، لا يمكن الاحتجاج بحد الاثني عشر ميلا ضد تركيا“ (الوثيقة [A/CONF.62/SR.189](#)، الصفحة ٧٦، الفقرة ١٥٠ [من النص الإنكليزي])؛ و J. B. Bellinger, W. J. Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary

٨٨ - وثمة تأييد واسع النطاق في الأدبيات للقول بوجود قاعدة المعارض المصير^(٢١٣)، وإن كان بعض الكتاب يشكك في ذلك أحياناً^(٢١٤). وعلى حد قول والدوك: "يرى معظم

International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), pp. 443, 457, fn. 43 ("تري حكومة الولايات المتحدة أن مبدأ [المعارض المصير] لا يزال صالحاً"). انظر أيضاً: Danilenko، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ١١٢ ("لا ينبغي الخلط بين إمكانية الاحتفاظ الفعلي بمركز المعارض المصير وبين الحق المكفول قانوناً في عدم الموافقة على قواعد عرفية جديدة").

(٢١٣) انظر، على سبيل المثال: Murphy، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحتين ٩٥ و ٩٦؛ و H. Lauterpacht، 'International Law – The General Part', in E. Lauterpacht (ed.), *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. I (Grotius, 1970), at p. 66 ("لئن كان إثبات رضا كل دولة ليس بالأمر الضروري، فإن المعارضة الصريحة خلال فترة نشأة القاعدة العرفية يظل وجود العرف فيما يتعلق على الأقل بالدولة المعارضة")؛ و Skubiszewski، الحاشية ٤٣ أعلاه، الصفحة ٨٤٦ ("العرف، متى نشأ، أصبح ملزماً للدول إلا إذا أعربت عن معارضتها له إبان نشأته")؛ و D. Armstrong, T. Farrell and H. Lambert، *International Law and International Relations*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2012), at p. 180 ("قد يتسنى لدولة عن طريق الإصرار على الاعتراض أن تبرئ نفسها من الالتزام بقاعدة ناشئة من قواعد القانون العرفي (تنتفي هذه الإمكانية بالنسبة للقواعد العرفية المستقرة)")؛ و Dailler، Pellet and Forteau، الحاشية ٢٨ أعلاه، الفقرة ٢٣١؛ و M. Diez de Valesco، الحاشية ١٤٠ أعلاه، الصفحة ١٤٠؛ و C. Santulli، *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), at pp. 54-55؛ و Danilenko، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٤١ ("وفقاً للقانون الدولي القائم، لا تلزم الدولة بالقاعدة العرفية، رغم انتشار الممارسة وشيوع الاعتقاد بصفتها الإلزامية، إذا كانت الدولة قد أصرت على الاعتراض على قاعدة ناشئة")؛ و Ragazzi، الحاشية ٢٠٨ أعلاه، الصفحات ٦٠-٦٥؛ و C. Quince، *The Persistent Objector and Customary International Law* (Outskirts Press, 2010). وانظر أيضاً: Restatement (Third) of Foreign Relations Law §102 cmt. d ("رغم أنه من الجائز أن يتكون القانون العرفي بقبول الدول قبولاً ضمناً به وبواسطة تصرفات الدول أيضاً ... وأن يصبح ملزماً عموماً للدول كافة، فإن الدولة التي تبدي معارضتها للممارسة بينما كان القانون ما زال في طور النشوء لا تلزم بتلك القاعدة من حيث المبدأ، حتى بعد رسوخها")؛ و J. A. Green، 'Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings', in J. A. Green and C. Waters (eds.), *Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandhi* (Brill Nijhoff, 2015), 167-191؛ و Koskenniemi، الحاشية ١١٧ أعلاه، الصفحة ٤٤٣ ("لئن كان الاجتهاد القضائي بشأن المعارض المصير هزياً، فإن الأغلبية الساحقة من الفقهاء افترضت وجوده").

(٢١٤) انظر، على سبيل المثال: G. Abi-Saab، 207 *Recueil des Cours* (1987)، pp. 180-182؛ و A. Cassese، *International Law*, 2nd edition (Oxford University Press, 2005)، 162-163؛ و P. Dumberry، 'Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited', *International and Comparative Law Quarterly*, 59 (2010)، 779-802؛ و H. Lau، 'Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law', *Chicago Journal of International Law*, 6 (2005)، 495-510 (حيث يُلاحظ أن للقبول في القانون الدولي دوراً غير مطلق أخذاً في الاضمحلال، وأن مبدأ المعارض المصير ينبغي أن يكون محدود النطاق وخاصة في القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان). ويرد لوو قائلاً: "يشكك بعض الكتاب في سلامة مبدأ المعارض المصير، معتبرين إياه أثراً غريباً عن العصر من مخلفات النظرة التوافقية للقانون الدولي التي كان تسود العالم في القرن التاسع

الحامين الدوليين أنه ... عند نشوء عرف يفي بالتعريف الوارد في المادة ٣٨، فإنه يشكل قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي تنطبق، رهنا بتحفظ واحد، على الدول كافة. ويرتبط هذا التحفظ بحالة الدولة التي تقوم، بينما العرف في فترة نشأته، بتسجيل معارضتها المستمرة والقاطعة للاعتراف بالممارسة كقانون^(٢١٥). وبالمثل يلاحظ كوروما أن "المبدأ راسخ ومقبول في القانون الدولي"^(٢١٦).

٨٩ - وقد أشارت لجنة القانون الدولي إلى قاعدة المعارض المصرّ في دليل الممارسة الذي أعدته في الآونة الأخيرة عن التحفظات على المعاهدات، فذكرت أنه: "يمكن أن يكون التحفظ وسيلة للمعارض المصرّ لإظهار استمرار اعتراضه؛ فبإمكانه قطعاً أن يرفض أن يطبق، بواسطة معاهدة، قاعدة لا يمكن الاحتجاج عليه بها بمقتضى قواعد القانون الدولي العامة"^(٢١٧).

٩٠ - وتعتبر قاعدة المعارض المصرّ ضماناً تقي من أن يصبح القانون الدولي العرفي "حكراً على الأقوياء"^(٢١٨)، وتكمن جاذبيتها خصوصاً في استحالة مخالفة القاعدة المستقرة.

عشر. ولكن المرء إذا فطن إلى محدودية نطاق هذا المبدأ وندرة الاستظهار به في الممارسة، يصعب عليه تفهم دوافع تلك الشكوك. ومن الصواب الواضح عدم جواز إلزام الدولة بواجبات تُصّر عليها في معاهدة ليست هي من أطرافها. فبأي حق إذن يكون لدول أخرى أن تلزم الدولة بزعم أن ممارستها أنشأت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، إذا كانت تلك الدولة (ولا يصح الأمر في غياب هذا الشرط) قد دأبت على إعلان معارضتها للقاعدة؟^(٢١٩) (V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), at p. 58).

(٢١٥) Waldock، الحاشية ٣٣ أعلاه، الصفحة ٤٩.

(٢١٦) A-G-Koroma، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحتان ١١٣ و ١١٤.

(٢١٧) دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات على المعاهدات، الفقرة ٧) من شرح المبدأ التوجيهي ٣-١-٥-٣. حولية لجنة القانون الدولي لعام ٢٠١١، الإضافة ١.

(٢١٨) Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ٢٢٧. انظر أيضاً: Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٢٦ ("لئن أمكن أن تعطل معارضة دولة واحدة وضع قاعدة جديدة، لما تسنى إلا فيما ندر وضع قواعد [عرفية] جديدة. ولئن جاز إلزام دولة معارضة بما يخالف إرادتها، لأصبحت نشأة القانون العرفي تقوم في الواقع على نظام للتصويت بالأغلبية؛ ولكن الاتفاق على حجم الأغلبية المطلوبة وعلى ما إذا كان من المستصوب إسناد وزن معين "لتصويت" الدول المختلفة (وتحديده، إذا استُصوب ذلك) سيكون أمراً مستحيلاً. ويضاف إلى ذلك أن الدول الواثقة من كونها جزءاً من أغلبية قد تعتمد موقفاً متعنتاً إزاء الأقلية")؛ و O. Elias، "Persistent Objector"، in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 2 ("مبدأ المعارض المصرّ يزود الدول غير الموافقة بوسيلة تتيح لها التحلل من الاتجاهات الخبذة للأغلبية العددية التي أصبحت، حسب الملاحظ، سمة تميز عملية وضع القانون الدولي العرفي منذ منتصف القرن العشرين")؛ و Stein، الحاشية ٢١٠ أعلاه، الصفحات ٤٥٧ - ٤٨٢ (حيث ذهب إلى أن قاعدة المعارض المصرّ لها دور ذو أهمية متزايدة في عملية وضع القانون العرفي المعاصرة الشديدة التحفظ عن قصد)؛ و ILA London Statement of Principles, p. 28 ("يمكن، من المنظور السياسي، اعتبار قاعدة

ويضاف إلى ذلك أن قاعدة المعارض المصّر "كثيرا ما تُعتبر نتيجةً منطقيةً للطابع التوافقي في جوهره الذي هو سمة القانون الدولي العرفي، إن لم تكن مثالا عليه" (٢١٩). ومن الأسباب الأخرى لنشوء قاعدة المعارض المصّر ما يُعزى إلى "المبدأين الأخلاقيين الجوهريين المتمثلين في الاستقلالية الكبيرة للدول والوحدة التي لا يفسدها التنوع"، وإلى تأكيد أن الدول نفسها أصبحت تعترف بها كقاعدة نافذة (٢٢٠). وقد تبين أن تلك القاعدة تقوم "بعدد من الأدوار الهامة في نظام القانون العرفي" من خلال جملة أمور من بينها إتاحتها للدول المعارضة "إمكانية التكيف، في المدى القصير، مع الحقائق الجديدة التي قد تحتاج إلى التصدي لها"، وتسهيلها "تعديل القواعد الجديدة للتوفيق بين آراء الدول التي تؤيدها وآراء الدولة أو الدول المعارضة" (٢٢١)، إضافة إلى توفيرها "وسيلة تمكن الدولة من حماية مصالحها القانونية دون اللجوء إلى إجراءات تعتمد على المواجهة" (٢٢٢)، وتقليلها من العواقب التي تنجم في

المعارض المصّر حلا توافقيا مفيدا. فهي تحترم سيادة الدول وتحميها من فرض الأغلبية عليها قانونا جديدا بما يخالف إرادتها؛ ولكنها تسمح في الوقت نفسه لقاطرة التطوير التدريجي للقانون بالمضي قدما، إذا كانت القاعدة الجديدة على قدر كاف من الانتشار، دون أن تضطر إلى انتظار لحاق أبطأ عرباتها بها".

(٢١٩) Elias، الحاشية ٢١٨ أعلاه، الفقرة ٢. انظر أيضا: Weil، الحاشية ٩١ أعلاه، الصفحتين ٤٣٣ و ٤٣٤ (حيث يشير إلى قدرة فرادى الدول على التحلل من الالتزام بقاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي العرفي الدولي واصفا إياها بأنها "الاختبار الناجع للطابع الإرادي للعرف" في إطار الفقه المتحفظ بشأن مصادر القانون الدولي)؛ Murphy، الحاشية ٥٤ أعلاه، الصفحة ٩٦ ("قاعدة" المعارض المصّر" هذه إشارة إلى الأهمية المحورية لرضا الدول في القانون الدولي)؛ و M. E. Villiger، *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1985)، at p. 17 ("مفهوم المعارض المصّر مفهوم محوري بالنظر إلى بنية جماعة الدول. فإذا كانت الدول هي أشخاص القانون الدولي المتمتعة بأهلية وضع القوانين، فإنه يجوز لها، لأسباب خاصة بها وبكل حالة على حدة، أن تنسحب من تلقاء نفسها من عملية وضع القوانين")؛ و D. A. Colson، "How Persistent Must the Persistent Objector Be?"، *Washington Law Review*, 61 (1986)، pp. 957-958 ("مبدأ المعارض المصّر هو النتيجة المنطقية للطابع التوافقي لنشأة القانون الدولي")؛ و W.M. Reisman et al، *International Law in Contemporary Perspective* (Foundation Press, 2004)، 15 ("حسب التصور التقليدي للطابع التوافقي الذي يتسم به القانون الدولي، يمكن للدول التي تعارض باستمرار على قيدٍ جديد يحدّ من حرية تصرفها من خلال قانون عرفي ناشئ أن تتحاشى بنجاح إلزامها به").

B.D. Lepard، *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010)، at p. 229 و D. P. Fidler، "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law"، *German Yearbook of International Law*, 39 (1996)، pp. 198, 209.

(٢٢١) Elias، الحاشية ٢١٨ أعلاه، الفقرة ٦.

(٢٢٢) Colson، الحاشية ٢١٩ أعلاه، الصفحة ٩٦٤.

النظام القانوني الدولي عن عدم تقيّد الدول به (وكذلك تقليلها العواقب التي تقع على الدولة المعارضة نفسها، بإتاحتها للدولة سبيلاً إلى تحاشي الإخلال بالقانون الدولي)^(٢٢٣).

٩١ - وكما قال فيتز موريس: "[ف]إن جوهر المسألة يكمن في معارضة القاعدة إبان نشأتها وقبل أن تبلور لتصبح قاعدة قانونية أكيدة ومقبولة عموماً"^(٢٢٤). ولعل رسم الخطّ الفاصل بين الاعتراض والانتهاك ليس بالأمر السهل دوماً^(٢٢٥)، ولكن الواضح أن قاعدة القانون العرفي، متى تبلورت، لا يجوز للدول العودة إلى الاحتجاج بقاعدة المعارض المصير^(٢٢٦). وليس بالإمكان إباحة "المعارض اللاحق"^(٢٢٧). وينبغي للدولة أن تعترض في أبكر وقت ممكن على القاعدة التي لا تزال طور النشوء^(٢٢٨).

(٢٢٣) انظر: Guzman، الحاشية ٧٥ أعلاه، الصفحة ١٦٩ (حيث يُدلل على أن نظرية الخيار العاقل في القانون الدولي العرفي تؤيد مبدأ المعارض المصير). وانظر من ناحية أخرى: J. P. Kelly، "The Twilight of Customary International Law"، *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000)، pp. 449, 523-526 و Verdier and Voeten، الحاشية ٩١ أعلاه، الصفحات ٤٢٧-٤٢٩ (حيث يُدفع بأن الأهمية العملية لهذا المبدأ محدودة).

(٢٢٤) G. Fitzmaurice، "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law"، *British Yearbook of International Law*, 30 (1953)، pp. 1, 26.

(٢٢٥) انظر أيضاً: Colson، الحاشية ٢١٩ أعلاه، الصفحة ٩٥٨ ("الخط الفاصل بين هاتين الحالتين [أي حالة الدول المعارضة على اتجاهات جديدة في الممارسات القانونية الدولية وحالة الدول المعارضة على اتجاهات تبلورت في شكل قانون] لم يكن قط واضحاً، وقد يكون الأمر مختلفاً عند العودة إلى استقراء الماضي")؛ و O. Elias، "Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law"، *Denning Law Journal*, 6 (1991)، pp. 37, 38 ("من الجائز جداً أن تكون هناك حالات يصعب فيها تبيين الفرق بين الاعتراض بإصرار والاعتراض لاحقاً، إلا أن هذا التمييز ليس عويصاً من حيث المبدأ").

(٢٢٦) انظر على سبيل المثال: *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266, at p. 336 (الرأي المخالف للقاضي أزيفيدو) ("حالات الإنكار المنفردة هذه تشكل انتهاكات لقاعدة مستقرة بالفعل، فالدولة لا يجوز لها أن تعارض عرفاً سبق قبوله")؛ و J.B. McClane، "How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?"، *ILSA Journal of International Law*, 13 (1989)، pp. 1, 7 هو اعتراض لاحق بطبيعته، ولا أثر له لذلك")؛ و Akehurst، الحاشية ٣٦ أعلاه، الصفحة ٢٤ ("المعارضة التي تُبدى لأول مرة بعد أن استقرت القاعدة تأتي بعد فوات الأوان ولا تحول دون إلزام الدولة")؛ و Thirlway، الحاشية ٢٧ أعلاه، الصفحة ١١٠ ("إذا كان هناك قبول عام للممارسة" بمثابة قانون"، وتقاعست الدول المعارضة عن إعلان رأيها إلى ما بعد تبلور القاعدة واستقرارها، أصبحت القاعدة ملزمة للجميع، بمن فيهم الدول المعارضة")؛ و Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ٢٤٤ ("قاعدة المعارض المصير... لا تنطبق إلا على أولئك الذين أبدوا اعتراضهم إبان ظهور القاعدة العامة الناشئة: فليست هناك قاعدة تناول "المعارض لاحقاً")؛ و Barberis، الحاشية ١٤٥ أعلاه، الصفحة ٣٩ ("لا يمكن للدولة التحرر من قيد القاعدة العرفية إلا إذا كانت قد اعترضت عليها بصورة واضحة ومتكررة حال نشأتها... والاعتراض الواضح والمتكرر ينتج أثراً إذا ما بدأ حال نشأة القاعدة العرفية، ولكنه يفقد فعاليته إذا ما أُبدي هذا الاعتراض بعد نشوء القاعدة بالفعل").

٩٢ - ولكي يكون الاعتراض المستمر فعالاً، لا بد من الإعراب عنه بوضوح^(٢٢٩). ومع ذلك، "لا يُشترط أن يتخذ بيان الموقف شكلاً معيناً أو نبرة معينة"^(٢٣٠). وحديث

(٢٢٧) للاطلاع على مزيد من المعلومات عن اقتراح إباحة الاعتراض اللاحق في ظروف معينة، انظر:

C. A. Bradley, M. Gulati, "Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal*, 120 (2010), pp. 202-275؛ وGuzman، الحاشية ٧٥ أعلاه، الصفحات ١٦٩-١٧١؛ وانظر رداً على هذا الاقتراح: S. Estreicher, "A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law?: Some Cautionary Notes", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 (2010), pp. 57-64.

(٢٢٨) انظر: Elias، الحاشية ٢١٨ أعلاه، الفقرة ١٥ ("لا بد أن تعرب الدولة المعنية عن اعتراضها في أبكر

وقت ممكن")؛ و A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge, 2010), at p. 41 ("على الدولة أن تفصح عن اعتراضها في أبكر وقت ممكن وأن تبدي رد فعل حيال أي تطورات غير مرغوب فيها، لا عندما يكون موضوع التطورات الجديدة أمراً يمس مصالحها مباشرة فحسب، بل وإذا كانت هذه التطورات غير ذات أهمية كبيرة بالنسبة لها في المستقبل القريب كذلك").

(٢٢٩) انظر على سبيل المثال: A. Steinfeld, "Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of

the Use of Nuclear Weapons", *Brooklyn Law Review*, 62 (1996), pp. 1635, 1652 ("ينبغي أن تتصدى الدولة المعارضة للبيانات العامة التي تعلن سياسات قانونية بالاعتراض العلني عليها، إذا ما أرادت أن تحتفظ بحق قانوني ما في ظل القانون الدولي الراهن")؛ و D. J. Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary international Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010), pp. 31, 35 ("الدول مطالبة بالاعتراض على الملأ وبشكل متواتر، إذا أرادت أن تحاشي إلزامها بقاعدة من قواعد العرف العالمي الناشئ")؛ و Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحتين ٢٤٠ و ٢٤١ ("بدأي ذي بدء، يجب بطبيعة الحال إبداء الاعتراض: فما من فائدة تُجنى إذا أعرب المسؤولون الحكوميون والوزراء عن شكوكهم فيما بينهم دون أن يفصحوا عنها للعالم الخارجي. وما لم تعترض الدولة المتأثرة تأثيراً مباشراً بالممارسة، جاز في كثير من الأحيان ولأسباب معقولة اعتبار أنها رضيت بالقاعدة أو أن أسباباً أخرى لا تحيز لها الاعتراض عليها")؛ و I. C. MacGibbon, 'Some Observations on the Part of Protest in International Law', *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), pp. 293, 318 (لا بد أن تعترض الدولة "بشدة وعلى نحو لا يثير أي لبس")؛ و Stern، الحاشية ١٨ أعلاه، الصفحة ١٠٨. وانظر أيضاً: *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (Arbitration under Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea), Reply of the Republic of Mauritius (2013), p. 124, para 5.11 ("لا بد من إبداء الاعتراض: إذ لا يكفي أن يعرب المسؤولون الحكوميون عن اعتراضاتهم فيما بينهم، دون أن يفصحوا عنها للغير خارج بيئة عملهم المعتادة").

(٢٣٠) Colson، الحاشية ٢١٩ أعلاه، الصفحة ٩٦٩. انظر أيضاً: Lepard، الحاشية ٢٢٠ أعلاه، الصفحة ٢٣٨

("باختصار، ليس من الممكن الجزم بأن الاعتراض يجب في كل حالة من الحالات أن يتخذ شكلاً معيناً أو أن يبدي قدراً معيناً من الحدة")؛ و Wolfke، الحاشية ٢٨ أعلاه، الصفحة ٦٧ ("يجوز أن تتنوع طرق إبداء المعارضة الفردية الفعلية لنشوء العرف، فيكون منها الصريح أو غير المباشر، أي الضمني. والطرق الأكثر فعالية هي، بطبيعة الحال، الاحتجاجات الصريحة والقاطعة على ممارسة أو على قبولها بمثابة قانون أو اعتبار أن القاعدة العرفية قد اختمرت، فلا استدلال على الاختلاف في الرأي اعتماداً على السلوك وحده أمر أقل حسماً ويصعب إثباته"). وذهب البعض إلى أن الاعتراض لا بد أن يُبني على مبدأ ما (أي "الخروج عن الصف بوازع من الضمير")، ولكن انظر: G. J. Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", in A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary*

بالذكر أن الاعتراض الشفوي كافٍ للحفاظ على المركز القانوني للدولة المعترضة، ولا يُشترط إتيان أي عمل مادي^(٢٣١). ويجوز للدولة في الممارسة أن تنكر أن قاعدة ناشئة أصبحت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، أو أن تعترض على انطباق القاعدة عليها، أو أن تفعل الأمرين معا^(٢٣٢).

انظر أيضا: *Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), a p. 299 و Lepard، الحاشية ٢٢٠ أعلاه، الصفحات ٢٣٠-٢٣٢. ويدفع شتاين بضرورة إجازة الإصرار على الاعتراض "سواء أكان مبنيا على أساس المبدأ أو كان بدافع المصلحة"، إلا أنه يرى أن "اشتراط الاتساق الموضوعي" في حالات الاعتراض قد يأتي بفائدة (Stein، الحاشية ٢١٠ أعلاه، الصفحة ٤٧٦).

(٢٣١) انظر أيضا: *ILA London Statement of Principles*, p. 28 ("الاحتجاجات الشفوية كافية: فلا توجد قاعدة تلزم الدول بإتيان عمل مادي للحفاظ على حقوقها")؛ و C. G. Guldahl، "The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law"، *Nordic Journal of International Law*, 77 (2008), pp. 51, 55 ("رغم أنه من المتفق عليه أن الأدلة على ممارسات الدول في إطار القانون الدولي العرفي يمكن أن تتألف عموما من أعمال لفظية ومادية، فإن هذا الشرط [الذي يتيح للمُصرّين على الاعتراض أن يمارسوا فعلا الحق الذي يطالبون به] من شأنه أن يضمن ألا يعتمد على هذا الاستثناء من التطبيق العام للقانون الدولي العرفي فعليا إلا في ظروف غير عادية ومن جانب دول شديدة الإيمان بموقفها. ومن شأنه أيضا أن يجعل المواقف القانونية للدول أكثر وضوحا. بيد أنه قد يؤدي إلى عواقب معاكسة بل ووخيمة أيضا، كما تبين فيما يتعلق بالبت في وجود حظر لاستعمال الأسلحة النووية، أو في حالة الأعمال الانتقامية التي ينفذها المتحاربون ضد المدنيين إذا أُريد سوق مثال أقل تطرفا. ومن الواضح أن إيراد هذا الشرط غير مستحب، وهو لا يعتبر بوجه عام ضروريا")؛ و Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ٢٤١ ("الاعتراض الشفوي وحده، غير المصحوب بعمل مادي لدعم الاعتراض، يبدو كافيا. والواقع أن اشتراط خلاف ذلك من شأنه يرتب أثرا هداما بالنسبة للسلام العالمي، كما أنه يضر بالدول التي تنقصها الموارد العسكرية أو تفتقر إلى الأفراد ذوي الخبرة التقنية المناسبة المؤهلين لإتيان هذا العمل")؛ و Colson، الحاشية ٢١٩، الصفحات ٩٦٣-٩٦٥ ("يمكن صياغة بيان الاعتراض بصيغ متنوعة، ويمكن الإخطار به بوسائل مختلفة. ولعل المواقف الوطنية لا تحتاج إلى أفعال للتعبير عنها، كيما تشكل اعتراضا قانونيا صحيحا. والكلمات الواضحة والمعدل بها دونما شدة كافية في القانون الدولي لحفظ مركز المعترض المصّر")؛ و Lepard، الحاشية ٢٢٠ أعلاه، الصفحة ٢٣٩ ("ومن البديهي أن المبادئ الأخلاقية الجوهرية مثل الامتناع عن استعمال القوة تعني ضمنا، حتى في الحالات التي يُرتأى فيها أن الإصرار على الاعتراض سيكون عسيرا، أن الاحتجاج الذي لا يشوبه أي غموض لا ينبغي أن يستلزم إجراء غير شفوي (ولا سيما إجراء عسكري) لمعارضة تنفيذ القاعدة. فالاحتجاج الشفوي وحده كاف").

(٢٣٢) انظر أيضا: O. A. Elias and C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (Kluwer، 1998)، at p. 106 و Elias، الحاشية ٢١٨ أعلاه، الفقرة ١٧ ("ويبدو أيضا أنه ليس من المهم ما إذا كانت الدول المعترضة تبدي اعتراضها أو عدم رضاها فيما يتعلق بنشأة قاعدة أو وجودها، أم أنها تعرب عن اعتراضها على انطباق القاعدة المذكورة فيما يتعلق بما بالذات").

٩٣ - ولا بد للدولة أن تتمسك باعتراضها بشكل مستمر ومتسق، خشية أن يُعتقد أنها قبلت ضمناً^(٢٣٣). وقد قيل أن الاعتراض "لا بد أن يتكرر كلما اقتضت الظروف ذلك (وإلا انتفت عنه صفة 'الإصرار')"^(٢٣٤)، وإن كان اشتراط الاتساق التام ليس بالأمر الواقعي^(٢٣٥). ويجوز للدولة، بطبيعة الحال، أن تتخلى عن اعتراضها في أي وقت من الأوقات.

٩٤ - ويقع عبء إثبات الحق في الاحتجاج بقاعدة المعارض المصير على كاهل الدولة المعارضة، التي يجب عليها أن تدحض الفرضية التي تقول بأن قاعدة القانون الدولي العرفي ذات الصلة ملزمة لها بحكم طبيعتها هذه^(٢٣٦).

(٢٣٣) انظر أيضاً: Gaja، الحاشية ٥٥ أعلاه، الصفحة ٤٣ ("المعارضة التي اعتبرتها المحكمة ذات صلة [في قضية مصائد الأسماك (المملكة المتحدة ضد النرويج)] لم تكن مجرد موقف سلمي إزاء قاعدة. بل إنها كانت تتعلق بمعارضة "أي محاولة لتطبيق" القاعدة، مع الإيعاز بأن تلك المحاولات لم تُكلل بالنجاح. وهكذا، يبدو أن الأمر ذا الأهمية، بالنسبة للدولة المعارضة، هو ما إذا كانت القاعدة قد أصبحت نافذة أيضاً تجاه تلك الدولة")؛ و Crawford، الحاشية ١٠٣ أعلاه، الصفحة ٢٤٧ ("الإصرار على الاعتراض ... ولكن يجب أن يكون متسقاً وواضحاً، وألا تقتصر مظاهره على الامتناع عن التصديق على معاهدة من المعاهدات")؛ و Elias، الحاشية ٢١٨ أعلاه، الفقرة ١٦ ("إن لم تتمسك الدولة باعتراضها، قد يُعتقد أنها رضيت")؛ و Kritsiotis، الحاشية ٢٠٨ أعلاه، الصفحتين ١٢٩ و ١٣٠ ("ولذلك، لا بد من إحسان توقيت الاعتراضات، ويجب أن تكون مستمرة نوعاً ما؛ ويمكننا أن نفترض بموثوقية أن الاعتراضات المتفرقة أو غير المتكررة لا تكفي")؛ و Mendelson، الحاشية ٢٥ أعلاه، الصفحة ٢٤١ ("لا بد من التمسك بالاحتجاج. والحق أن هذا هو المقصود ضمناً بلفظة "الإصرار" ... فإن لم تكرر الدولة اعتراضها، بعد أن أبدته مرة من قبل، قد يُستصوب (رهنا بالظروف) افتراض أنها تخلت عنه").

(٢٣٤) *ILA London Statement of Principles*, p. 28. انظر أيضاً: Elias، الحاشية ٢١٨ أعلاه، الفقرة ١٦ ("كلما اتسع نطاق الممارسة وزاد شيوعها، ازداد حجم الأدلة على الاعتراض التي تُطالب بها الدولة المعارضة، إذ أن عدم الاعتراض على ممارسة تعتبر ذات قدر كاف من العمومية بحيث تتمخض عن قاعدة جديدة يمكن أن يعتبر رضاها")؛ و Steinfeld، الحاشية ٢٢٩ أعلاه، الصفحة ١٦٥٢ ("إن طبيعة العرف نفسه يجب أن تحدد طبيعة الاعتراض المطلوب").

(٢٣٥) انظر: *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 138 ("نرى المحكمة أن لا داعٍ لتعليق قدر مبالغ فيه من الأهمية على المواضع القليلة التي تبدو فيها أوجه عدم يقين أو تناقض، حقيقي أو ظاهري، تزعم حكومة المملكة المتحدة أنها اكتشفتها في الممارسة النرويجية ...")؛ و Colson، الحاشية ٢١٩ أعلاه، الصفحة ٩٥٧ ("أي جواب على السؤال الذي مفاده 'إلى أي مدى يجب على المعارض المصير أن يصبر على اعتراضه؟' لا بد أن يراعي السياق الذي يطبق فيه المبدأ").

(٢٣٦) انظر أيضاً: Crawford، الحاشية ١٠٣ أعلاه، الصفحة ٢٤٧ ("من المهم أيضاً القول إن هنالك طيلة الوقت افتراضاً قابلاً للتفنيد مفاده القبول بالقاعدة")؛ و Dupuy، الحاشية ١٩٨ أعلاه، الصفحة ٧٨ ("عدم انطباق [العرف] يرهن بتقديم الدولة التي تدفع بذلك الأدلة التي تثبت أنها أبدت احتجاجات وأصدرت إعلانات تبين بوضوح أنها ليست ضمن الجماعة القانونية التي يتركز إليها العرف").

٩٥ - ويُقترح إدراج مشروع الاستنتاج التالي في الجزء السادس:

مشروع الاستنتاج ١٦

المعترض المصير

الدولة التي تصر على الاعتراض على قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي، إبان نشأتها، لا تُلزم بالقاعدة ما دامت متمسكة باعتراضها عليها.

تاسعا - برنامج العمل المقبل

٩٦ - على نحو ما سبق تبيانه في الفرع الأول، يُقصد بهذا التقرير استكمال مجموعة مشاريع الاستنتاجات التي يقترحها المقرر الخاص^(٢٣٧). ويرتقن برنامج العمل المقبل بما تحرزه لجنة القانون الدولي من تقدم في دورتها المقرر عقدها في عام ٢٠١٥. فإذا تسنى للجنة في عام ٢٠١٥ أن تعتمد بصفة مؤقتة مجموعة من مشاريع الاستنتاجات مشفوعة بشروحها، فسيقترح المقرر الخاص في تقريره القادم في عام ٢٠١٦ التغييرات التي يتعين إدخالها على الاستنتاجات والشروح، في ضوء المناقشات الجارية في سياق اللجنة السادسة في عام ٢٠١٥ والملاحظات الخطية التي ترد من الحكومات وغيرها من الجهات. ويظل الهدف متمثلا في اختتام العمل المتعلق بهذا الموضوع، إن أمكن، خلال دورة لجنة القانون الدولي المعقودة في عام ٢٠١٦ وبعد إجراء اللجنة في تلك الدورة استعراضا وتنقيحا مفصلين ودقيقين لنص مشاريع الاستنتاجات والشروح بصيغتها المعتمدة في عام ٢٠١٥^(٢٣٨). ومن المهم، مع ذلك، عدم التعجل في هذا الأمر دونما داعٍ، إذا تبينت الحاجة إلى تخصيص مزيد من الوقت له^(٢٣٩).

(٢٣٧) انظر الفقرة ٨ فيما سبق.

(٢٣٨) تجدر الإشارة إلى أن إجراء مماثلا اتبع فيما يتعلق بدليل الممارسة بشأن التحفظات على المعاهدات، حيث اعتمدت لجنة القانون الدولي نصه الكامل بصفة مؤقتة في عام ٢٠١٠ ثم اعتمدت صيغته النهائية بعد عام واحد أي في عام ٢٠١١ (انظر الوثيقة A/66/10، الفقرات ٥٤ إلى ٦٤). ويشار أيضا إلى أن مشروع المبادئ التوجيهية عُرض في دورة عام ٢٠١١ على فريق عامل (برئاسة السيد فاسكيس - بيرموديس) نظر فيه بالتفصيل.

(٢٣٩) في عام ٢٠١٤، ذكر السيد فورتو القول المأثور "فلنتعجل بأناة" [*festina lente*] (المخضر الموجز A/CN.4/SR.3225، ١٧ تموز/يوليه ٢٠١٤).

٩٧ - وينوي المقرر الخاص أن ينظر في تقريره الرابع، إلى جانب مشاريع الاستنتاجات والشروح (ولكن على نحو مستقل عنها)، في السبل العملية إلى تعزيز توافر المواد التي يُستدل منها على وجود ممارسة عامة وقبولها بميثاق قانون^(٢٤٠).

٩٨ - ويعتزم المقرر الخاص أيضا إعداد ثبوت للمراجع المتعلقة بالموضوع وتعميمه على أعضاء اللجنة لاستعراضه.

(٢٤٠) انظر أيضا A/CN.4/672، الحاشية ٦ أعلاه، الفقرة ٣٥ ("ومن أوجه الصعوبة الرئيسية التحقق من ممارسة الدول. فلا يزال نشر الممارسة وتحديد مسألة من المسائل العملية الهامة في ظل ظروف العالم الحديث، على الرغم من تطور الموارد التكنولوجية والإعلامية").

مشاريع الاستنتاجات الإضافية المقترحة

مشروع الاستنتاج ٣ [٤]

تقييم الأدلة على الركنين

...

٢ - يتعين التحقق من كل ركن على حدة. ويتطلب ذلك عموماً تقييم الأدلة الخاصة بكل ركن من الركنين.

مشروع الاستنتاج ٤ [٥]

شرط توافر الممارسة

...

٣ - لا يُعتبر سلوك الجهات الأخرى من غير الدول ممارسةً لا لأغراض نشأة القانون الدولي العرفي ولا لتحديده.

مشروع الاستنتاج ١١

إثبات القبول بمثابة قانون

...

٣ - قد يُستخدم الامتناع أيضاً كدليل لإثبات القبول بمثابة قانون، بشرط أن تقتضي الظروف رد فعلٍ ما.

الجزء الخامس

أشكال معينة من الممارسة والأدلة

مشروع الاستنتاج ١٢

المعاهدات

يجوز أن تعكس أحكامُ معاهدةٍ قاعدةً من قواعد القانون الدولي العرفي أو أن تعكسها بعد وقتٍ، إذا ثبت أن الأحكام المذكورة:

(أ) كانت، عند إبرام المعاهدة، تدويناً لقاعدة موجودة بالفعل من قواعد القانون الدولي العرفي؛ أو

(ب) أدت إلى تبلور قاعدة ناشئة من قواعد القانون الدولي العرفي؛ أو

(ج) تمخضت عن قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العرفي، بأن أفضت إلى ممارسة عامة مقبولة بمثابة قانون.

مشروع الاستنتاج ١٣

قرارات المنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية

يجوز، في بعض الظروف، أن تكون القرارات التي تتخذها منظمات دولية أو تُعتمد في مؤتمرات دولية أدلة على القانون الدولي العرفي أو أن تساهم في تطويره؛ وليس من الممكن أن تشكل في حد ذاتها القانون الدولي العرفي.

مشروع الاستنتاج ١٤

قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء

قرارات المحاكم وكتابات الفقهاء يمكن أن تكون مصدراً احتياطياً لتحديد قواعد القانون الدولي العرفي.

الجزء السادس

الاستثناءات من التطبيق العام لقواعد القانون الدولي العرفي

مشروع الاستنتاج ١٥

العرف المعين

١ - العرف المعين قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي لا يجوز الاستظهار بها إلا من جانب دول معينة وضد دول معينة.

٢ - للبت فيما إذا كان هناك عرف معين وفي محتواه، من الضروري التحقق من وجود ممارسة عامة بين الدول المعنية يقبلها كلٌّ منها بمثابة قانون (الاعتقاد بالإلزام).

مشروع الاستنتاج ١٦

المعتزض المصير

الدولة التي تصرّ على الاعتراض على قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي
العرفي، إبان نشأتها، لا تُلزم بالقاعدة ما دامت متمسكة باعتراضها عليها.
